Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
University of Toronto

http://www.archive.org/details/ducautionnemente00trop

LE DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE,

DEPUIS ET Y COMPRIS LE TITRE DE LA VENTE.

DU CAUTIONNEMENT

ET

DES TRANSACTIONS.

COMMENTAIRES

DES TITRES XIV ET XV, LIVRE III, DU CODE CIVIL;

PAR M. TROPLONG,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION,
OFFICIER DE L'ORDRE ROYAL DE LA LÉGION-D'HONNEUR,
MEMBRE DE L'INSTITUT.

Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier,

mais dans lequel on a adopté la forme plus commode du commentaire.

TOME DIX-SEPTIÈME.

PARIS,
CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
10, RUE DE SEINE.

1846.

BIBLIOTHÈQUE DE DROIT
U.d.O.
O.U.
LAW LIBRARY

27387

KJV
2122
.T737
1846

CODE CIVIL,

LIVRE III,

TITRE XIV :

DU CAUTIONNEMENT.

DÉCRÉTÉ LE 14 FÉVRIER 1804, PROMULGUÉ LE 24.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT (1).

ARTICLE 2011.

Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même.

---

(1) La littérature juridique possède quelques anciens et utiles traités sur cette matière, savoir : *De fidejussoribus*, par Ant. Heringius, souvent cité et notamment par Casaregis (*disc.* 63, nos 2, 3, et *disc.* 126, nos 12 et 22); *De fidejussorib.*, par Pyrrhus Maurus (cité par Casaregis, *disc.* 25, n° 24), mais moins recommandable que le précédent ; *De fidej.*, par Marsili ; ce traité est le plus faible des trois.

SOMMAIRE.

1. Définition du cautionnement. Étymologie du mot *caution* et du mot *fidéjussion*.
2. Le cautionnement a été traité à fond dans les livres du droit romain.

   Son état dans les antiquités romaines.

   On l'appelait *sponsio*.
3. L'obligation du *sponsor* ne passait pas à ses héritiers. Raison probable de ce point de droit.
4. De la *fidepromissio*, qui a été une première extension de la *sponsio*.
5. Suite.
6. De la *fidejussio*. Elle élargit la *sponsio* et la *fidepromissio*.
7. Formule de la *fidejussio*.
8. Progrès de la *fidejussio*. Elle absorbe et fait oublier la *sponsio* et la *fidepromissio*.
9. Elle secoue l'influence des formules romaines.
10. Sens de certaines expressions latines employées dans cette matière :

    Cautio, intercessio, satisdatio, adpromissio, expromissio ; auctores secundi ; prædes ; vades.
11. Fréquence du cautionnement au moyen âge. On l'appelle *pleigerie* ou *cauxion*.
12. Le droit romain a posé les bases rationnelles du cautionnement. Utilité de cette étude.
13. Le Code civil ne lui a pas donné, dans son classement, la place que Pothier lui avait donnée dans son *Traité des obligations*.

    Il l'a envisagé moins comme contrat accessoire que comme contrat de bienfaisance : *bonitatis et humanitatis*.
14. Le cautionnement n'est cependant pas une donation.
15. Le fidéjusseur peut mettre un prix à son cautionnement.

16. Le cautionnement dégénère-t-il alors en assurance? Distinction et renvoi au n° 36.

17. Le cautionnement renferme ordinairement un mandat tacite.

18. Le cautionnement est un contrat unilatéral.

19. Raisons de cette proposition.

20. Le cautionnement sous seing privé ne doit pas être fait double.

21. Suite.

22. Le cautionnement est un contrat accessoire.

Il arrive cependant quelquefois que le fidéjusseur est appelé *obligé principal*. Raison de cette locution.

23. Le cautionnement est-il un contrat conditionnel ?

24. Caractère abrégé du cautionnement.

25. Ce contrat est très fréquent.

26. Le cautionnement est environné de dangers. Maxime des sages.

Néanmoins, le cautionnement en lui-même ne doit pas être condamné. Il y a eu cependant des théologiens qui ont douté de sa légitimité. Opinion de Pellicanus réfutée.

27. Le cautionnement n'est pas un contrat réel.

Le cautionnement exigé de certains fonctionnaires publics est plutôt un gage que le contrat traité ici.

28. Le contrat de cautionnement a beaucoup d'analogie avec le mandat.

Du *mandatum pecuniæ credendæ*. En quoi il diffère de la fidéjussion.

29. Différence entre le fidéjusseur et le porte-fort.

30. Suite.

31. Suite.

32. Suite.

33. Suite.

34. Différence entre la fidéjussion et le pacte *constitutæ pecuniæ*.

35. Différence du cautionnement et de l'assurance.

36. Mais le cautionnement devient assurance si le créancier paie un prix au fidéjusseur.
37. Du *del credere*.
38. Différence entre le cautionnement, l'hypothèque et le gage.
39. Suite.
40. Si celui qui s'est engagé à donner une hypothèque peut obliger le créancier à recevoir une caution.
41. Différence du cautionnement et de la donation.
42. De la promesse de cautionner.
43. Différence entre la caution et le garant.
44. De la caution juratoire.
45. Différence entre la caution et l'otage.

COMMENTAIRE.

1. Le cautionnement est un contrat par lequel une personne ajoute sa foi à l'obligation contractée par la foi d'autrui. Celui qui couvre par ce contrat un débiteur s'appelle *caution* ou *fidéjusseur*. Le mot caution fait allusion à la prudence du créancier qui a voulu augmenter la certitude que l'obligation sera remplie (*cavere*, *cautum*) (1). Le mot fidéjusseur (2) rappelle la bonne foi qui fait la base des conventions. C'est, en effet, dans la bonne foi personnelle que le cautionnement place ses garanties. D'autres contrats, empreints de plus de défiance, vont chercher dans la chose des sûretés qu'ils ne trouvent pas dans la personne ; ils ont pour point de départ cette idée : *Plus est cautionis*

---

(1) *Dùm curamus ut diligentiùs nobis cautum sit.*
Caius, 3, *com.* 117.
Junge Justinien, Instit., *De fidej.*

(2) *Idem fide tuâ esse jubes.* Caius, 3, *com.* 116.

in re quàm in personâ (1). Tel est le gage, telle est l'hypothèque. Le cautionnement, au contraire, se contente de la foi des personnes; il ne confère pas de droits réels.

La définition du cautionnement donnée par notre article est très exacte, quoiqu'elle n'affecte pas la forme ordinaire des définitions. Cautionner l'obligation d'une personne, c'est se soumettre envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (2). L'obligation ne se partage pas, puisque le débiteur principal continue à être obligé d'une manière principale à la remplir intégralement. Mais un second débiteur vient accepter cette obligation pour son propre compte; il promet de la remplir lui-même si l'autre ne la remplit pas. Tous les traits essentiels du cautionnement se trouvent dans l'article 2011.

2. Le contrat de cautionnement nous vient des Romains (3); il était pratiqué chez eux soit dans les conventions ordinaires, soit dans la procédure.

Dans l'origine, le génie formaliste de ce peuple

---

(1) L. 25, D., *De reg. jûris.*

(2) *Fidejussor est ille qui alienam obligationem in suam sûscepit fidem, principale tamen debitore remanente obligato* (de Marsili, *De fidej.*).

Casaregis donne la même définition : « *Susceptio in se alienæ obligationis* (*disc.* 35, n° 20).

(3) Caius, 3, *com.* 116.

V. le Dig.. *De fidej.*;

Et les *Instit.* de Justinien, *De fidej.*

en avait altéré la simplicité par des formes solennelles; il en avait resserré l'usage par des bornes étroites. A cette époque primitive, le cautionnement portait le nom de *sponsio* (1), parce qu'il ne pouvait s'adjoindre qu'à la stipulation ou contrat juridique, exclusivement romain, résultant de la formule civile : *Spondes-ne? Spondeo.* L'interrogation suivante était faite à celui qui voulait fortifier l'obligation par son accession : *Idem dari spondes?* il répondait : *Idem dari spondeo.* En dehors de la stipulation, le cautionnement n'était pas admis; la *sponsio* n'avait accès que dans les obligations contractées par ces paroles sacramentelles dont la vertu pouvait seule engager la foi d'un citoyen romain : *Nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum* (2).

On trouve dans les livres des Latins des mentions fréquentes de la *sponsio* (3).

3. Du reste, l'obligation du *sponsor* ne passait pas à ses héritiers; elle s'éteignait avec lui (4); elle ne donnait au créancier qu'une sûreté périssable

---

(1) *Sponsio* signifie aussi pari (mon com. du *Jeu*, n° 79).

(2) Caius, 3, *com.* 119.

(3) Marcellus pro Magio sponsor factus est (Cic., *ad Attic.*). Non est quòd audax judices promissum, cujus tibi, si parum fidei habes, sponsorem dabo (Seneq., *De vitâ beatâ*). Hoc unum deest avaritiæ, ut beneficia sine sponsore non damus (Seneq., 3, *De benef.*, c. 15). Renitentes creditores interventu sponsorum removit (Suet., *in Jul. Cæsar.* — Romæ sponsorem me rapis (Horace, lib. 2, *satir.* 6). Etc., etc.

(4) Caius, 3, *com.* 120.

Infrà, art. 2017, n° 170.

avec sa personne ; c'était encore l'enfance du crédit. Comme l'obligation personnelle du *sponsor* le soumettait à toutes les rigueurs que la dureté de la législation décemvirale faisait peser sur les débiteurs, on avait cru devoir compenser cette sévérité en en arrêtant l'effet à celui-là seul qui avait cautionné, et en affranchissant ses héritiers.

4. Plus tard, lorsque Rome s'ouvrit à des communications d'affaires et de commerce avec les *peregrini*, on inventa la *fidepromissio*, qui permit à cette classe d'individus d'user légalement du bénéfice du cautionnement. Le *fidepromissor*, en répondant affirmativement à la formule : *Idem fide promittis*, s'obligeait de la même manière et par un lien aussi étroit que le *sponsor*. C'est ce qui fait dire à Caius : *Sponsoris verò et fidepromissoris similis conditio* (1).

5. Le jurisconsulte que je viens de citer nous a conservé dans ses Institutes quelques détails qui ne sont pas inutiles pour l'histoire du contrat de cautionnement chez les Romains.

On voit, par une loi qui est de 102 ans avant J.-C. et qui porte le nom de loi Apuleja, que lorsque l'obligation était garantie par plusieurs *sponsores* ou *fidepromissores*, il se formait entre eux une société de plein droit, de telle sorte que si l'un d'eux avait payé plus que sa part, il pouvait répéter l'excédant contre les autres par l'action *pro socio* (2). Cette loi était applicable même hors de l'Italie.

---

(1) Caius, 3, *com.* 118.
(2) *Id.*, *com.* 122.

La loi *Furia*, rendue quelques années après, c'est-à-dire 92 ans avant J.-C., et applicable à l'Italie seulement, libérait au bout de deux ans les *sponsores* et les *fidepromissores*, et ne permettait de les actionner que pour leur part et portion (1). La législation de la république, peu familière avec les idées de crédit, tantôt péchant par excès de sévérité, tantôt manquant le but par excès d'indulgence, semble avoir pris à tâche d'apporter des entraves au cautionnement. Nous avons vu tout à l'heure cette garantie périr avec le *sponsor* ou le *fidepromissor*. Maintenant la voilà prescriptible par deux ans !! On la considère comme une sorte de générosité imprudente qu'il faut contenir et modérer. On pousse à l'excès cette idée, juste en elle-même, savoir, qu'il ne faut pas que la caution soit victime de sa bonté.

6. Jusqu'à présent, il n'est pas encore parlé de la fidéjussion.

Le commerce civil avait senti cependant qu'il y avait une foule de rapports dans lesquels l'obligation accessoire d'un adpromettant devait être fort utile. Pourquoi n'aurait-on pas pu cautionner une obligation littérale, un contrat consensuel et réel, même l'obligation née d'un pacte ou d'un délit? Pourquoi aussi n'aurait-on pas pu contracter une obligation accessoire de cautionnement de manière qu'elle se transmît aux héritiers de l'adpromettant? Le crédit devait-il rester captif dans les entraves du droit étroit?

---

(1) Caius, 3, *com.* 121.

7. La nécessité fit donc franchir les bornes de la *sponsio* et de la *fidepromissio*; une nouvelle formule fut imaginée, et la *fidejussio* fit son entrée dans la jurisprudence. *Idem fide tuâ esse jubes?* telle était l'interrogation qu'on faisait au fidéjusseur. Il répondait : *Idem fide meâ esse jubeo* (1). Et rien que ce changement de mots, dans une conception de paroles dont le sens était au fond le même, permit de cautionner toute espèce d'obligations, et de s'engager pour autrui, non pas par un lien périssable avec la personne de l'adpromettant, mais par un lien transmissible aux héritiers et durant aussi longtemps que l'obligation principale (2).

Quelle fut l'époque où le droit romain céda ainsi à l'empire du droit naturel et donna au crédit privé cette indispensable garantie? On l'ignore. Mais, sous Sylla (81 ans avant Jésus-Christ), une loi Cornelia nous en atteste l'existence. Cette loi défendait en général, et sauf quelques exceptions, que la même personne pût, dans la même année, s'obliger pour le même débiteur, envers le même créancier, au delà de vingt mille (3). Toujours des barrières apportées à la liberté de cautionner!! Cette loi embrasse la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*. La *fidejussio* avait donc cours à cette époque; M. Ortolan pense que la gêne apportée par la loi Furia à la *sponsio* et à la *fidepromissio* porta les citoyens à

(1) Julianus, l. 16, § 6, D., *De fidejussor.*
Caius, 3, *com.* 116.
(2) *Infrà*, nº 170.
(3) Caius, 3, *com.* 124, 125.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

recourir plus fréquemment à la garantie plus large de la *fidejussio* (1). Il est clair, d'ailleurs, que la *fidejussio* portait en elle des avantages qui devaient, avec le progrès de la civilisation, lui assurer la préférence.

8. C'est ce qui ne manqua pas d'arriver. Dans la suite des temps, la *fidejussio* fit oublier la *sponsio* et la *fidepromissio* (2); elle devint le droit commun. Justinien ne s'occupe que de la *fidejussio* dans ses Institutes ; il passe sous silence tout ce que Caius a dit des *sponsiones* et *fidepromissiones* déjà tombées en désuétude.

9. Il arriva autre chose.

Dans le temps où les formules exerçaient tant d'empire sur les contrats, la fidéjussion avait eu ses paroles consacrées; nous les avons citées tout-à-l'heure. *Idem fide tuâ esse jubes?* Sous le droit impérial, les idées s'étaient modifiées, et la rigueur des mots avait perdu son prestige. La formule de la fidéjussion participa à cet adoucissement. Ulpien nous apprend que des expressions grecques, c'est-à-dire n'ayant rien de juridique et de solennel, pouvaient être utilement employées (3). Le contrat de fidéjussion devint, dès lors, de plus en plus libre. Tout écrit quelconque dans lequel une personne

---

(1) Inst., t. 2, p. 792, note (2).

(2) Elle existe cependant encore du temps de Quintilien et de Caius.

(3) Ulp., l. 8, D., *De fidejussorib.*
Alex., l. 41, C., *De fidejuss.*
Instit., *De fidejuss.*, § 7.

déclarait se porter fidéjusseur eut une énergie d'obligation aussi grande que la formule romaine (1).

10. C'est assez pour le moment de ces idées générales sur la naissance et l'extension du cautionnement chez les Romains. Je n'ajoute que quelques lignes pour rappeler le sens de certaines expressions usitées en droit romain dans cette matière du cautionnement ; quelques-unes ont été détournées de leur signification propre et classique par le droit des nations modernes.

Cautio est une sûreté quelconque, quelquefois même un écrit, un acte (2). Mais ce mot n'a pas le sens restreint qui correspond chez nous à la fidéjussion.

Intercedere, c'est s'obliger volontairement pour la dette d'un autre. C'est se porter *sponsor*, *fidepromissor*, *fidejussor*.

Satisdare (3), c'est quand le débiteur principal donne au créancier une caution. *Satisaccipere*, c'est quand le créancier reçoit cette sûreté (4).

Adpromissores, c'est le nom commun des *sponsores*, *fidepromissores*, *fidejussores*, dont la promesse se joint à l'obligation principale et la fortifie (5).

Expromissor, c'est celui qui se met à la place du

---

(1) Inst., § *De fidej.*, § 8, l. 27, C., *De fidej. et mandator.*

(2) Par exemple, l. 11, § 1 et 8, D., *De duob. reis.*

(3) Caius, l. 1, D., *Qui satisdare cog.*

(4) L. 3, § 1 et 2, D., *De fidejussor. et mand.*

(5) Pomp., l. 5, § 2, D., *De verb. oblig.*; Cicer., *pro Roscio Amerino;* Hering., c. 3, n° 37.

débiteur principal que le créancier décharge (1).

Quelquefois les fidéjusseurs sont appelés *auctores secundi* (2) ;

Ou *prædes* (3) ;

Ou même *vades* (4).

Au surplus, je le répète, plusieurs de ces expressions ont perdu leur sens propre dans le latin de la jurisprudence du moyen âge et des siècles suivants. Par exemple, *sponsor* y est pris comme synonyme de fidéjusseur, et *sponsio* de cautionnement, sans faire attention aux nuances que l'histoire du droit aperçoit entre la *sponsio* et la *fidejussio*. On trouve aussi *sponsio* et *fidejussio* employés pour désigner l'assurance et la convention *del credere* (5). Je crois utile d'avertir de ces déviations le lecteur studieux. Il sera moins embarrassé par le style des auteurs qui ont écrit en latin sur la jurisprudence civile et commerciale des nations modernes.

---

(1) Pothier, n° 368.

(2) L. 4, D., *De evict.*
Hering., c. 3, n° 40.

(3) Cicer. *ad Attic.*, 2, 17 (édit. Panck., t. 21, p. 22.)
Id., *ad Attic.*, 11, 52 (éd. Panck., 24, p. 12).
Id., *ad Attic.*, 13, 3 (éd. Panck., t. 24, p. 20).
Varron, lib. 5, *De ling. latinâ.* Saumaise, *De usuris.*
Hering., c. 3, n° 41.
Cujas sur le tit. du C., *De fidej.* Mon com. de la *Société* (préface, p, XXVI).

(4) Cicer., *Epist. ad Brutum*, 18.
Quint. Curt., lib. 9.
Cujas, *loc. cit.* Hering., n°s 42, 43, 44.

(5) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 299.

11. Le cautionnement se rencontre fréquemment dans le droit de l'époque barbare et féodale. Il y porte le nom de *pleige* (1) ou *cauxion* (2). La défiance, naturelle à ces temps d'ignorance et d'immoralité, le prodigue dans la plupart des actes de la vie civile. On ne se croit jamais sûr de la parole de l'obligé; on veut des accumulations de garanties. Le seigneur en exige de son vassal pour les devoirs si fragiles et si souvent brisés de la féodalité; le bourgeois cherche aussi dans la pleigerie des certitudes que ne lui donne pas la foi de celui avec qui il traite. Le plaideur veut être rassuré sur les suites du procès par la garantie d'une personne solvable. Presque tous les contrats d'aliénation portent la désignation de pleiges qui s'engagent à en soutenir la validité devant les tribunaux et à combattre en champ clos contre quiconque acceptera le défi (3). L'étendue que le chapitre des pleigeries a dans les monuments de la jurisprudence du moyen âge en atteste la haute importance contemporaine. C'était un grand sujet

---

(1) Ducange, v° *Plegium*.
Bourbonnais, art. 114.
Beaumanoir, ch. 43; Coquille sur Nivernais, ch. 32, art. 10.
Bretagne, art. 185, etc., etc.

(2) Anciennes coutumes d'Amiens publiées par M. Boutillier, p. 292.

(3) *Id.*, p. 260.
V. une charte de 1140.

de *contens* (1). On peut voir Beaumanoir (2), les Assises de Jérusalem (3), le Grand Coutumier de Normandie (4), les Établissements de saint Louis (5), Pierre de Fontaines (6), les lois galloises (7), etc., etc. La pleigerie se contractait en donnant la main à celui à qui on promettait assurance (8).

Du reste, quelque étendu que fût le cautionnement, le pleige ne pouvait jamais perdre son corps par suite de pleigerie, lors même qu'il aurait répondu corps pour corps (9). Les peines corporelles méritées par celui qu'il avait cautionné ne s'étendaient pas jusqu'à lui (10).

Je serais cependant porté à croire que dans l'origine il en avait été autrement (11), et que ce n'est que par un adoucissement tardif que les coutumes ont concentré sur le débiteur principal les conséquences pénales du fait cautionné par autrui.

12. Le contrat de cautionnement était parvenu à un haut degré de perfectionnement dans l'âge classique de la jurisprudence romaine et sous les

---

(1) Beaumanoir, ch. 43, n° 1.

(2) Ch. 43.

(3) T. 1, p. 194, 203, 316, 551, 590.

(4) C. 40, p. 25.

(5) Liv. 1, c. 116.

(6) C. 7, 8, 9.

(7) 11, 4, 1 et suiv.

(8) Ducange, v° *Plevine : Usque ad diem quo pleverit in manu.*

(9) Beaumanoir, ch. 43, n° 24.

(10) Bretagne, art. 185, et ancienne coutume de Bretagne, art. 9, ch. 97.

(11) Arg. de la très ancienne coutume de Bretagne, ch. 97.

empereurs chrétiens. La sagesse des principes, la justesse des décisions, l'abondance des exemples qui illustrent cette matière, en font encore aujourd'hui un objet de méditations utiles. En passant par la judicieuse analyse de Pothier, elle a été, entre les mains des rédacteurs du Code civil, la base la plus solide du titre que nous analysons.

13. Pothier avait cru devoir traiter du cautionnement dans son très excellent ouvrage sur les *obligations*. Son motif était sans doute que le cautionnement, contrat accessoire, devait trouver sa place à côté des obligations principales, auxquelles il peut venir se joindre. Le Code a mieux aimé lui donner un titre spécial, et nous l'en approuvons. Il n'y avait pas de raison pour enlever au cautionnement une place distincte, que l'on donne à l'hypothèque et au gage.

Les rédacteurs du Code se sont occupés du cautionnement après le prêt, le dépôt et le mandat, parce qu'il fait suite aux contrats de bienfaisance. Ordinairement, en effet, il est à titre gratuit entre la caution et le débiteur (1); c'est un office d'ami, un acte de dévouement, *bonitatis et humanitatis*, comme dit Quintilien (2). La caution offre sa fortune et son crédit pour rendre service au débiteur. La loi ne lui assure aucun avantage compensatoire.

---

(1) Pothier, n° 366.
M. Ponsot, du *Cautionnement*, n°s 21, 25.
MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 300.
(2) *Décl.* 273.

Mais notez bien que ce bienfait ne s'adresse pas au créancier. Ce n'est pas par intérêt pour le créancier que la caution intervient ; c'est uniquement dans l'intérêt du débiteur, auquel elle porte affection (1).

14. Quoique contrat de bienfaisance, le cautionnement n'est pas une donation, puisque le fidéjusseur a son recours contre le débiteur principal (2).

15. Cependant rien n'empêche que la caution ne mette un prix à son cautionnement. Si la gratuité est de la nature de la fidéjussion, elle n'est pas de son essence (3). Le commerce offre de fréquents exemples de cautionnements salariés par le débiteur qui a besoin d'argent et n'en trouverait pas sans le secours de la fidéjussion. *Sed fidejussor potest ratione periculi, quod fidejubendo, subit, pacisci, et stipulari aliquam mercedem pro ipsâ fidejussione ; cùm possit contingere quòd pro ipso debitore integram quantitatem ex proprio patrimonio sit soluturus. Et utinam non contingeret, reperiri etiam debitores, qui, neglectâ fide, et prostratâ conscientiâ, solvere non curant ! ! Poterit igitur fidejussor, absque aliâ damni aut lucri cessantis ratione, accipere à debitore aliquod justum periculi pretium, arbitrio boni viri.* C'est ainsi que s'exprime Scaccia (4), en s'appuyant sur un grand

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) *Infrà*, n° 41.

(3) Pothier, n° 366. Arrêt de la Cour royale de Rouen du 4 décembre 1827 (Devill.).

Mon com. du *Prêt*.

(4) § 3, glos. 3, n° 8. *Junge* § 1, quest. 1, n°s 495 et suiv. *Infrà*, n° 36.

nombre d'autorités et sur l'opinion commune. Et le débiteur ne doit pas s'en plaindre; car souvent sans cette prime il ne trouverait personne qui vînt à son secours et affrontât les périls d'un cautionnement (1).

16. Mais l'introduction du prix dans le cautionnement ne ferait-elle pas dégénérer ce contrat en assurance?

Il faut distinguer:

Si c'est le créancier qui paie la caution pour se prémunir par son accession contre le danger de l'insolvabilité du débiteur, il y a assurance véritable. Le fidéjusseur est assureur et reçoit le prix de son assurance. C'est en ce sens que Scaccia a dit : « *Contractus assecurationis in substantiâ est contractus fidejussionis.* »

C'est également dans ce sens qu'il faut prendre ces paroles de MM. Delamarre et Lepoitevin : « Introduisez dans le cautionnement un élément de » plus, le prix du risque couru par la caution, et » vous en voyez sortir un contrat ou une clause » d'assurance (2). »

Mais si c'est le débiteur qui paie le service que lui rend le fidéjusseur, il n'y a plus de contrat

---

(1) Scaccia :

« *Hoc fidejussionis pretium, seu merces aliquandò solvitur à debitore, qui aliàs, sine fidejussione, non invenit qui ei pecuniam credat.* »

§ 3, glos. 3, n° 8.

(2) T. 2, n° 300.

Junge M. Ponsot, n° 22.

d'assurance. On reste dans les termes d'un cautionnement. Il est évident, en effet, que le fidéjusseur n'assure pas le débiteur principal contre la chance de payer. Le débiteur reste toujours obligé au paiement; c'est sur lui que le poids de l'obligation continue à porter. Nous reviendrons bientôt sur ces nuances importantes.

17. Le cautionnement renferme ordinairement un mandat tacite. Lorsque la caution s'oblige sur la demande du débiteur, ou à son vu et su, il naît entre ces deux personnes un contrat de mandat en vertu duquel la caution a l'action *mandati contraria* pour se faire indemniser de ce qu'elle a payé au créancier (1).

Si c'est à l'insu du débiteur que le fidéjusseur a prêté son crédit, ce n'est plus un contrat de mandat qui est censé intervenir, c'est un quasi-contrat *negotiorum gestorum* (2).

18. Le cautionnement est cependant un contrat unilatéral (3), et la raison en est simple. Quels que soient les rapports particuliers qui existent entre le débiteur et celui qui le cautionne, comme ces rapports ne sont pas ce qui constitue le cautionnement, il ne faut pas les prendre en considération pour fixer le caractère de ce con-

---

(1) V. le commentaire de l'art. 2028.
Pothier, n° 430.
V. *infrà*, n° 28.

(2) Pothier, n° 430.

(3) Pothier, *Oblig.*, n° 520.
MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 302.
Infrà, n 128.

trat. Le cautionnement, en effet, se passe principalement entre le créancier et celui qui s'oblige en qualité de fidéjusseur. Il n'a qu'un but, c'est de procurer au créancier une sûreté. La seule obligation qui se contracte est donc celle du fidéjusseur. Le créancier ne s'engage à rien, et, dès lors, le contrat est unilatéral (1).

Il est vrai que, du débiteur principal à la caution, il y a des obligations considérables à remplir (2). Mais ces obligations ne découlent pas directement et principalement du contrat de cautionnement. Elles se rattachent à un autre contrat qui est censé être tacitement intervenu; ce contrat tacite est un mandat (3).

19. Ces idées ressortent d'une manière palpable de la définition de l'art. 2011. Voyez, en effet, quelles sont les obligations que cet article fait découler du cautionnement; voyez où il les place et quelles personnes en sont affectées! Une seule obligation est signalée par lui, celle du fidéjusseur. Il n'en aperçoit pas d'autre; il n'en rattache pas d'autre au contrat de cautionnement. Le fidéjusseur s'oblige envers le créancier; mais le débiteur principal ne s'oblige pas envers lui par un effet inhérent au cautionnement. Il n'est rien dit de l'obligation de ce dernier dans la définition de l'art. 2011. On n'y voit qu'un seul débiteur placé en regard d'un seul créancier; et ce débiteur,

---

(1) *Infrà*, nos 531, 532.
(2) V. art. 2028 et suiv.
(3) *Suprà*, no 17.

nous le répétons, ce n'est pas l'obligé principal, dont les causes d'obligation sont ailleurs. Le fidéjusseur seul joue le rôle d'obligé.

Il est vrai que le créancier est implicitement tenu de céder au fidéjusseur ses actions. Mais cette obligation découle de la loi plutôt que du contrat (art. 2029 C. c.). Il est vrai encore que le créancier est tenu de conserver ces mêmes actions au fidéjusseur (1). Mais cette obligation ne ressort pas directement du contrat; elle est la conséquence de concessions équitables faites au fidéjusseur plutôt par faveur que par suite d'un droit (2).

20. C'est pourquoi le contrat de cautionnement passé sous seing privé ne doit pas être nécessairement fait double. L'art. 1325 du C. c. ne le concerne pas (3).

Si l'on objectait que la caution qui a payé a intérêt à avoir dans ses mains le titre en vertu duquel elle a effectué ce paiement, afin d'exercer son recours contre le débiteur principal; qu'ainsi il doit lui être remis un original de l'acte sous seing privé qui contient son cautionnement; il serait facile de répondre : Ce n'est pas en vertu du cautionnement que le fidéjusseur a action contre le débiteur, c'est parce qu'il a payé le créancier. Il lui suffit donc, pour exercer son recours, de montrer la quittance de ce dernier. Cette quittance est son véritable titre; c'est d'elle que découle vir-

(1) *Infrà*, n°s 526 et 527. Art. 2037 C. c.

(2) *Infrà*, mon com. de l'art. 2037.

(3) MM. Duranton, t. 18, n° 298; Ponsot, n° 18.

tuellement la preuve du mandat tacite qui légitime ce recours (1).

21. Le fait double est même inutile, quoique la caution accède à un contrat synallagmatique, pour la validité duquel cette mention est indispensable. Pierre prend ma terre en ferme. Le bail, que je lui fais par un écrit sous seing privé, doit être fait en double original. Mais le cautionnement que le père de Pierre me donnera pour les causes de ce bail est valable, quand même il serait consigné dans un écrit sous seing privé dont il n'aurait pas d'original.

22. Le cautionnement est, par son essence, un contrat accessoire (2). Il suppose nécessairement une obligation principale, qui s'étend au fidéjusseur, et à laquelle ce dernier vient accéder ; obligation qui est la même dans le débiteur et le fidéjusseur. «*Una eademque res vertitur in obligatione* (3).» L'art. 2012, qui suit, s'occupe spécialement de ce caractère. Nous y renvoyons.

Nous ferons seulement remarquer ici que le fidéjusseur est cependant appelé quelquefois *obligé principal* dans le langage du droit (4); c'est quand la loi met des tiers détenteurs en présence des obligés

---

(1) Cass , 22 novembre 1825.

(2) Pothier, n° 367.

(3) Emerigon, des *Assurances*, t. 2, p. 631.
Infrà, n°s 29 et 45, et mon com. de la *Prescript.*, t. 2, n° 633.

(4) Art. 2170 C. c.
Huberus, *De pignor.*, et *Hyp.*, n° 9.
Mon com. des *Hypoth.*, t. 3, n° 800.

personnels, tels que le débiteur principal et la caution. Elle englobe ceux-ci dans la dénomination d'obligés principaux (1).

23. Bien que notre article semble donner au cautionnement la couleur d'un contrat conditionnel, puisqu'il se sert de ces expressions : « *Si le débiteur n'y satisfait pas lui-même,* » il n'est pas vrai, cependant, que le cautionnement soit conditionnel en ce sens que le fidéjusseur n'a voulu s'obliger qu'à défaut et en cas d'insolvabilité du débiteur principal. L'obligation du fidéjusseur, dit très bien Pothier, *est pure et simple* (2). Le fidéjusseur, à moins de clauses particulières, est obligé sur-le-champ, d'une manière directe, actuelle, et le créancier peut le poursuivre *rectâ viâ*, sans attendre l'insolvabilité du débiteur principal (3). Qu'a donc voulu dire l'art. 2011 par les expressions que je viens de souligner? Il a voulu faire allusion au bénéfice de discussion, qui n'est qu'une pure grâce, et n'a lieu qu'autant que le fidéjusseur demande à en user. Ces mots ont été placés dans l'art. 2011 pour contenir en germe le bénéfice de discussion qui sera développé plus tard, et pour montrer, en outre, que l'obligation du fidéjusseur ne décharge pas l'obligé principal. C'est en quoi le fidéjusseur diffère de l'*expromissor* dont nous parlions au n° 10, lequel prend la place du débiteur principal, désormais dégagé de ses obligations.

---

(1) Mon com. des *Hyp.*, n° 800.

(2) N° 413.

(3) *Infrà*, n° 231.

24. De tout ceci il résulte que le cautionnement est un contrat de bienfaisance, unilatéral, accessoire, pur et simple, quoique subordonné, dans son exécution, à l'obligation d'un débiteur principal.

25. Le cautionnement est très fréquent. « *Fidejussores*, disait Caius, *sæpè solemus accipere* (1). » Son utilité le met en grande pratique dans les affaires civiles et commerciales ; il facilite les transactions et élargit le crédit ; il ouvre la carrière des affaires à des noms inconnus ; il favorise des établissements nouveaux et des entreprises utiles qui avorteraient. Sous forme d'aval, il procure à la lettre de change une circulation plus prompte et plus sûre ; il se mêle à l'assurance (2) et aux contrats à la grosse (3); il entretient des communications amicales et la solidarité d'intérêts. Tantôt il est conventionnel, tantôt il est légal ou judiciaire (art. 2040). En un mot, il se prête à toutes les situations où l'on a besoin de captiver la confiance des tiers.

26. Du reste, nul n'ignore les périls dont est environné le rôle de fidéjusseur (4). Qui cautionne paie, dit un proverbe ; expression populaire d'une vérité d'expérience.

---

(1) 3, *com.* 117.

(2) Par la réassurance (Valin, t. 2, p. 66, 67).

(3) Emerigon, t. 2, p. 530.

(4) Il y a au Code de Justinien un titre *De periculo eorum qui pro magistratibus interveniunt.*

Et le mot *periculum* revient très souvent dans le Digeste quand il s'agit du fidéjusseur. V., par exemple, Papinien, l. 116, D., *De verb. oblig.*, l. 66, § 1, D., *ad senatusc. Trebellian.*

C'est ce qui fait dire à Cujas, d'après les docteurs : « *Non inscitè doctores nostri dixerunt, titulos de donationibus et fidejussoribus esse fatuorum hominum* (1) ; » et l'un des sept sages de la Grèce, Thalès, passe pour être l'auteur de cet axiome : *Sponde; noxa præsto est* (2). C'est pourquoi les Amphictyons avaient fait apposer sur le temple de Delphes l'inscription suivante : « *Donne-toi pour caution, et tu n'es pas loin de ta ruine* (3). » Notre ancien droit a reproduit, par l'organe de Loisel, ces conseils de la prudence (4).

De là il faut conclure que l'homme sage ne donne son cautionnement qu'après avoir réfléchi avec maturité aux obligations qu'il engendre et aux déceptions qui en sont la suite. Mais ce serait dépasser les limites du vrai que de condamner en lui-même le cautionnement; car ce contrat est inspiré par l'humanité et la bienfaisance. Seulement, on peut dire de lui ce que Sénèque disait de la donation : « *Dabo egenti, sed ut ipse non egeam. Succurram perituro, sed ut ipse non peream* (5). »

Toutefois, il s'est rencontré des philosophes qui ont posé très sérieusement la question de savoir si le cautionnement est un contrat licite. Et de même que nous avons vu, de nos jours, des nova-

---

(1) Sur la rubriq. du C., *De precario*.

(2) Sidonius Apollinaris.

(3) Platon, *in Charmid.*, trad. de M. Cousin, t. 5, p. 304.

(4) *Instit. coutum.*, liv. 3, t. 7, n° 4. « Pleige, plaide ; gage, rend ; et bailler caution est occasion de double procès.

(5) 2, *De benef.*, 15.

teurs imprudents condamner l'hypothèque, au nom de je ne sais quelle morale, ouvrage de leur caprice (1); de même, autrefois, sous l'empire de la scolastique et de la théologie, des théologiens, trop portés à refaire la morale à leur idée, ont enseigné que le cautionnement est contre la raison, la conscience et la loi de Dieu. Voilà comment les mêmes extravagances se rencontrent dans les camps les plus divers!! Ces théologiens, entre autres Pellicanus (2), prétendaient donc que Salomon avait condamné le cautionnement par ces paroles : « *Noli esse cum his, qui defigunt manus suas, et qui vades se offerunt pro debito;* » ou par celles-ci : « *Fili mi, si pro alio fidejusseris, trades manum inimico* (3). » De plus, ajoute Pellicanus, celui qui cautionne se confie dans ce qu'il y a de plus instable, c'est-à-dire dans la chair et le sang (*in carnem et sanguinem*), et il promet ce qui ne dépend pas de lui, ce qui est subordonné à des évènements dont Dieu seul est le maître. C'est pourquoi, lorsque Judas eut répondu auprès de son père du retour de Benjamin, il expia par de grandes amertumes cette confiance téméraire dans les faits d'autrui (4).

Et puis, dès l'instant que l'expérience prouve,

---

(1) V. la préface de mon com. des *Hypothèques*.

(2) Sur le ch. 6 *Proverb. Salom.*

(3) Proverb., 22, vers. 26, 27.
20, vers. 16.
27, vers. 13.

(4) Genèse, 42, v. 37.
43, v. 9.
44, v. 32, 32.

par de si nombreux exemples, les dangers des fidéjusseurs, peut-on dire qu'il soit permis en morale de s'abandonner à un si mauvais usage de son droit? N'est-ce pas un abus de la propriété? L'intérêt public doit-il souffrir un contrat si dommageable, si rempli de piéges et de perfidies?

C'est par de tels paradoxes que les théologiens auraient rendu impossible toute espèce de commerce, si la société se fût laissé conduire par leurs rêveries. C'est là un épisode de leur guerre contre d'autres contrats non moins utiles au mouvement social; guerre dont j'ai exposé les plus graves incidents dans la préface de mon commentaire du *Prêt*.

Et comment ces théologiens ne voyaient-ils pas que les livres saints sont la première condamnation de leur système? Quoi de plus pieux que l'engagement de Ruben et Judas pour tranquilliser leur père sur le retour de leur frère Benjamin (1)? et celui de Timothée pour garantir à Sosipatre et Dorothée la restitution des prisonniers juifs (2)? et celui du Samaritain pour le pauvre voyageur, dépouillé et blessé par les voleurs (3)? et celui de saint Paul qui, pour obtenir la grâce d'Onésime, esclave fugitif, cautionne auprès de Philémon, son maître, la restitution de tout ce qu'il lui a volé (4)?

Pellicanus n'a pas aperçu, du reste, que Salo-

---

(1) Genèse, 42, v. 37.
43, v. 9.
(2) 2, Machab., 12, 25.
(3) Saint Luc., c. 10, v. 30 à 35.
(4) Epist. *ad Philem.*, vers. 19.

mon n'a voulu rien autre chose qu'éloigner les hommes sages d'engagements pris avec légèreté en faveur d'étrangers (1). Il n'a pas compris non plus (et c'est une remarque judicieuse de Dumoulin en le réfutant (2)) qu'il y a dans les saintes Écritures beaucoup de conseils de prudence et d'économie privée, qui ne doivent pas être transformés en règles de conscience. L'erreur des théologiens de cette époque est d'avoir confondu sans cesse ces deux ordres de direction, et d'avoir tantôt imposé à la conscience des conseils d'économie, tantôt asservi les intérêts extérieurs à des conseils de perfection intérieure.

Usons donc du cautionnement comme d'un contrat licite, humain, nécessaire au commerce des sociétés : *interest hominem beneficio affici* (3) ; mais sachons en user avec modération et au profit de personnes dignes d'être soutenues et secondées.

Au reste, par le temps qui court, et même depuis longtemps, l'abus des cautionnements est fort refroidi, si tant est qu'il ait jamais existé ; et il n'est pas toujours facile, même pour les hommes les plus méritants, de rencontrer des amis généreux qui veulent donner leur foi pour autrui (4).

27. Par la définition que nous avons donnée du cautionnement, on a vu que ce contrat n'a rien de

---

(1) Dumoulin, *De usuris*, q. 32, n° 253.
Junge Heringius, c. 1.
(2) *Id.*
(3) Cicer., *Off.*, lib. 2. L. *Servus*, D., *De servis export.*
(4) De là l'art. 2041.

réel et qu'il ne ressemble pas aux contrats parfaits par la chose, tels que le gage, le dépôt et le prêt.

On a cependant coutume d'exiger pour certaines fonctions publiques et privées un mode de garantie qu'on appelle *cautionnement* (1), et qui consiste à déposer une certaine somme ou à assurer une certaine valeur immobilière qui répond de la fidélité du titulaire à remplir ses engagements. Le mot *cautionnement* n'est pas pris ici dans le sens que lui donne le titre dont nous nous occupons. S'il dérive de la même origine, c'est-à-dire du mot générique *cautio*, il ne se rattache pas au même ordre d'idées. Le cautionnement donné par ces fonctionnaires est, à l'égard des tiers dont on veut sauvegarder les intérêts, un véritable gage (2); lors même qu'une personne obligeante le constitue pour le titulaire, c'est le rapport défini par l'article 2077 du Code civil, c'est-à-dire un gage donné pour le débiteur.

28. Le contrat de cautionnement a beaucoup d'analogie avec le mandat. Le fidéjusseur qui dit à un tiers : « Je vous engage à prêter telle somme à » Pierre, mon ami; je le cautionne, » ce fidéjusseur se rapproche du rôle du mandant, et le tiers a quelque chose du rôle du mandataire.

A Rome, il y avait un contrat fort usuel, appelé

---

(1) Art. 2102, n° 7, C. c.
Mon com. des *Priviléges* et *Hypothèques*, t. 1, n° 208.
Cassat., 25 novembre 1812 (Devill., 4, 1, 222), et 10 août 1814 (Devill., 4, 1, 603).

(2) Mon com. des *Priviléges* et *Hypothèques*, t. 1, n° 93.

mandatum pecuniæ credendæ, par lequel Primus donnait l'ordre à Secundus de prêter une somme d'argent à Tertius (1). Ce contrat est traité dans les livres du droit romain en même temps que la fidéjussion; témoignage certain de la fraternité que les jurisconsultes apercevaient entre un tel mandat et le cautionnement. En effet, dès l'instant que le prêt avait été réalisé par Secundus au profit de Tertius, Primus devenait le répondant de Tertius envers Secundus, et par-là le *mandator pecuniæ credendæ* convenait avec le fidéjusseur.

Toutefois, le *mandatum pecuniæ credendæ* était en réalité différent de la fidéjussion (2). Comment confondre, en effet, avec la fidéjussion, contrat nécessairement accessoire, un agissement où l'on voit le *mandator* prendre l'initiative, affecter la forme d'un ordre et se poser en moteur principal de l'opération? Le caractère du mandat n'est-il pas prédominant, et n'est-ce pas le nom de mandat qui doit être donné au contrat? C'est ce qu'avaient parfaitement aperçu les jurisconsultes romains. Et rien n'est plus certain que la différence du *mandatum pecuniæ credendæ* avec la fidéjussion.

Il est vrai que tout cautionnement renferme en soi un mandat, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (3). Mais ce n'est pas du fidéjusseur au créancier qu'il y a mandat, et c'est cependant ce qui

---

(1) *Infrà*, n° 532.

(2) Mon com. du *Mandat*, n°s 51, 52.
Pothier, *Oblig.*, n° 447.

(3) N° 17.

devrait être si le cautionnement se confondait avec le *mandatum pecuniæ credendæ*. Le mandat n'existe que du débiteur principal à la caution ; mandat tacite qu'on se gardera de confondre avec le mandat exprès du *mandator pecuniæ credendæ*.

29. Le cautionnement n'est pas non plus identique avec l'obligation du porte-fort. En voici la différence :

Celui qui se porte fort pour autrui ne contracte pas une obligation accessoire à une obligation principale antérieure ou concomitante, munie de tous les caractères de validité qui la rendent susceptible d'exécution. Bien loin de là. Son obligation suppose, au contraire, ou que le tiers pour lequel il se porte fort n'est pas encore engagé, ou que, s'il est engagé, son obligation a des défectuosités qui exigent une ratification ultérieure dont lui, porte-fort, se fait garant. Dans le cautionnement, le fidéjusseur s'oblige à satisfaire lui-même à l'engagement en cas que le débiteur principal n'y satisfasse pas (art. 2011). *Idem fide tuâ esse jubes ? Idem fide meâ esse jubeo* (1) !! Remarquez le mot *idem* qui rend si parfaitement l'esprit et le sens de l'article 2011 ; il est caractéristique. Sans cette identité d'obligation de la part du débiteur principal et de la caution, il n'y a pas de cautionnement (2). Or, c'est précisément cette identité qui n'existe pas dans les rapports du porte-fort avec le tiers dont il a promis le fait. Le porte-fort ne dit pas : Si le tiers

(1) *Suprà*, n° 7 ; *infrà*, n° 45.
(2) *Infrà*, n° 45 ; *suprà*, n° 21.

pour lequel je stipule ne fait pas telle chose, je la ferai moi-même ; il dit : Si celui dont j'ai promis le fait refuse d'accomplir ce fait, je paierai des dommages et intérêts :

« *Si quis velit factum alienum promittere, pœnam,* » *vel quanti ea res sit, potest promittere* (1). »

Il suit de là que l'engagement du porte-fort, bien différent de l'engagement de la caution, est un engagement principal, *sui generis* (2). L'art. 1120 du Code civil l'a défini, et l'art. 2011, que nous analysons, n'en est pas la répétition.

Cependant, tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière n'ont pas fait cette distinction. Par exemple, Marsili donne souvent le nom de fidéjusseur à des personnes qui ne sont que des porte-fort, à celui qui promet qu'un tel se présentera à tel moment devant le juge (3), ou bien à celui qui promet, sous une peine, que telle offense ne sera plus faite à l'avenir à un tel (4), ou bien encore à celui qui s'oblige à procurer le consentement d'un tel à tel contrat (5), etc., etc. Ce ne sont pas là des fidéjusseurs; ce sont des porte-fort (6). Il est dangereux de laisser s'accréditer une telle confusion.

---

(1) Ulp., l. 38, § 2, D., *De verb. oblig.*

(2) M. Zacchariæ, t. 3, p. 151.

V. aussi MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 155.

(3) N° 152.

(4) *Id.*

(5) N° 155.

(6) Voyez aussi comme arg. la loi 56, D., *De fidej.*, qui est d'Hermogénien.

30. C'est pourquoi rien n'empêche de se porter fort pour des faits qui ne sont pas susceptibles de tomber sous l'empire d'un cautionnement. Un engagement, par exemple, a été contracté par violence, et Titius, menacé et contraint, a souscrit une obligation de 10,000 fr. D'après l'art. 2012, que nous commenterons tout à l'heure, Sempronius ne pourrait cautionner cette obligation. Car, enfin, à quoi tend sa fidéjussion? à adhérer à la promesse de Titius, à la prendre pour lui telle qu'elle est : *idem esse jubeo.* Or, si l'obligation est nulle pour Titius par suite d'un vice intrinsèque, elle est également nulle pour sa caution, qui n'a accepté que cette obligation elle-même: *idem* (1).

Mais si le cautionnement ne peut exister pour une telle obligation non valable, rien n'empêche de se porter fort pour la faire ratifier. Sempronius, par exemple, pourra promettre, sous peine de dommages et intérêts, que Titius approuvera plus tard, en connaissance de cause, ce qu'il a souscrit dans un moment où il n'était pas libre : ce sera là une obligation principale parfaitement valable.

31. C'est pourquoi encore, si une femme dotée a vendu sa dot constant le mariage, quand même on admettrait qu'un cautionnement ne peut s'adapter à une telle aliénation (2), on est cependant forcé de reconnaître qu'une obligation de porte-fort sera valable. Car, que fait le porte-fort? il promet le fait d'autrui et rien de plus, et une telle

---

(1) *Infrà*, nos 59, 60, 61.
(2) *Infrà*, nos 87, 88.

obligation est tout-à-fait licite. Il ne promet pas, comme un fidéjusseur devrait le faire, de satisfaire à l'obligation de la femme si celle-ci n'y satisfait pas. D'abord, la femme n'a pas contracté d'obligation valable, et comment pourrait-on exiger d'une caution ce qu'il est défendu d'exiger du débiteur principal? De plus, est-ce qu'il serait possible au fidéjusseur de tenir la vente que la femme ne voudrait pas tenir? Quel moyen aurait-il de conserver l'acheteur dans la possession d'une chose qui n'est pas sienne et dans le bénéfice du contrat? Et, dès lors, où serait l'identité d'engagement (*idem esse jubeo*), indispensable dans le cautionnement? Au contraire, le porte-fort promet tout autre chose que ce que la femme avait promis. Celle-ci avait contracté les obligations d'une venderesse, c'est-à-dire de transférer à l'acheteur la propriété. Le porte-fort ne promet que la ratification de la femme pour un contrat nul, et des dommages et intérêts s'il ne la rapporte pas.

Ceci sert à expliquer deux arrêts de la Cour de cassation des 11 mars 1807 (1) et 3 août 1825 (2), dont les motifs ont paru susceptibles de critique (3); on concilie par-là les opinions de ceux qui pensent qu'on ne peut pas cautionner la vente d'un bien dotal inaliénable (4), et de ceux qui croient

---

(1) Devill., 2, 1, 357.

(2) Devill., 8, 1, 167.

(3) M. Merlin, Répert., v° *Dot*, § 8, n° 5.
M. Zachariæ, t. 3, p. 151, note (5).

(4) M. Merlin, *loc. cit.*

au contraire qu'une pareille vente est susceptible de cautionnement (1). Quand on parle de cautionnement en cette matière, on fait une confusion de choses et de mots; on se crée des difficultés graves, et l'on se place sur le champ de bataille le moins aisé à défendre. Mais qu'on se rattache à l'obligation du porte-fort, et tout devient clair, logique, rationnel. Je dis donc que la querelle élevée sur la question jugée par les arrêts de 1807 et 1825 est une dispute entre personnes qui ne s'entendent pas. Le mot de porte-fort, substitué à celui de caution, les rallierait toutes au même résultat (2).

32. Voici une dernière question qui rentre dans la nuance que nous voulons faire ressortir. On demande si celui qui garantit envers un acquéreur la vente d'un immeuble faite par un incapable est un porte-fort ou un fidéjusseur.

La réponse est qu'il n'est qu'un porte-fort. Pour qu'il fût une caution, il faudrait qu'il pût remplir lui-même l'obligation du débiteur cautionné, ce qui est impossible. La seule promesse qu'il ait faite, c'est de rapporter la ratification du mineur, c'est-à-dire un fait d'autrui.

33. De tout ce qui précède il ne sera pas difficile de tirer les conséquences par lesquelles la fidéjussion et l'obligation du porte-fort achèvent de signaler leur diversité.

1° Quand on demande à un fidéjusseur l'accom-

---

(1) M. Tessier, de la *Dot*, n° 689.
M. Duranton, t. 5, n° 525.

(2) *Infrà*, n° 87.

plissement de sa promesse, il peut opposer l'exception de discussion. Quand on demande à un porte-fort de payer si mieux n'aime rapporter la ratification, point d'exception dilatoire de cette nature dans laquelle il lui soit permis de se réfugier.

2° Quand le fidéjusseur a payé; il a contre le débiteur principal l'action *mandati contraria*, sous-entendue dans l'agissement. Quand le porte-fort a payé, et qu'il se trouve hors le cas où la *negotiorum gestio* est autorisée, il n'a pas d'action en indemnité contre le tiers, qui, ne lui ayant pas donné de mandat, est maître de refuser sa ratification. Il supporte la peine de son imprudence.

3° L'obligation du porte-fort n'est pas accessoire, comme la fidéjussion, à une obligation principale sur laquelle elle soit obligée de se modeler; elle a toute la latitude d'une obligation principale.

Ainsi donc, je peux m'obliger, sous 20,000 fr. de dommages et intérêts, à procurer le fait de Sempronius qui n'est obligé qu'à beaucoup moins; je suis maître de me placer dans une situation plus onéreuse que la sienne.

34. Le cautionnement a des rapports et des diversités avec le pacte *constitutæ pecuniæ*, fort usité chez les Romains, et qui, quoique moins fréquent chez nous, n'y est pas sans utilité et sans exemple.

Ce pacte est celui par lequel on promet à un créancier de le payer (1). Cette promesse peut être faite :

---

(1) Pothier. V son traité des *Oblig.*, qui contient, à la fin du tome 1, une dissertation sur ce pacte : n° 2.

1° A son propre créancier, comme quand on passe un titre nouvel (1) ;

2° Au créancier d'un autre (2), comme, par exemple, quand celui sur qui une lettre de change est tirée déclare l'accepter (3).

C'est quand la promesse est faite au créancier d'un autre que le pacte *constitutæ pecuniæ* a beaucoup d'analogie avec le cautionnement. Comme le cautionnement, en effet, il suppose la préexistence d'une dette valable (4) qui en est le fondement, et en vue de l'extinction de laquelle on s'engage (5). Sous ce rapport, il a quelque chose de ce caractère d'accessoire (6) que le cautionnement possède essentiellement. De même que dans le cautionnement, on ne peut pas promettre de payer une plus grande somme que celle qui est due au créancier (7). La promesse de payer peut être faite par le tiers sans le consentement du débiteur et même malgré lui (8); ce qui a lieu aussi dans le cautionnement. Le pacte *constitutæ pecuniæ* n'opère pas plus de novation que la fidéjussion ; il laisse sub-

---

(1) *Id.*, n° 5.
(2) L. 5, § 2, D., *De pecuniâ constit.*
Gordian., l. 1, C., *De constit. pecuniâ.*
(3) Casaregis, *disc.* 53, n° 6.
Marquardus, lib. 3, c. 11, n° 43.
Turri, disp. 1, q. 17, n° 11.
(4) Pothier, n° 6.
(5) Pothier, n° 10.
(6) Pothier, t. 1, n° 8.
(7) Ulp., l. 11, § 11, D., *De pecun. const.*, et l. 12, même titre.
(8) Ulp., l. 27, D., *De pecun. const.*

sister l'obligation préexistante, et ne fait que multiplier le nombre des débiteurs (1). Enfin, et ceci se rencontre encore dans le cautionnement, le paiement réel ou fictif de l'une des obligations éteint les deux (2).

Mais le pacte *constitutæ pecuniæ* diffère du cautionnement par les caractères suivants (3). Le cautionnement n'est qu'une adhésion à l'obligation même du débiteur principal : *susceptio in se alienæ obligationis.* Mais le pacte *constitutæ pecuniæ* est plus qu'une adhésion à cette obligation : c'est l'addition d'un nouveau débiteur tenu *nomine proprio,* distinctement et principalement, du paiement qu'il a promis de faire pour autrui (4). Son obligation subsiste par elle-même, *propriis viribus* (5). Ce qui fait dire à Casaregis : « PRINCIPALITER *in vim* PROPRIÆ OBLIGATIONIS *de constitutâ pecuniâ, remanent obligati*(6). » En effet, le tiers peut s'obliger, par ce pacte, à payer une chose qui n'est pas précisément la même que celle que doit payer le débiteur principal : *Potest constitui aliud quàm quod debetur* (7). Ainsi je peux m'engager à payer pour Titius, qui doit 1,000 fr., tant d'hectolitres de blé à sa décharge (8). Si le créan-

(1) Pothier, nos 22, 23, 29.
(2) Pothier, no 29.
(3) Casaregis, *disc.* 151, nos 5, 6 et suiv.
Mantica, *De tacit.*, t. 2, lib. 16, t. 1, no 4.
(4) Casaregis, *disc.* 53, no 6.
(5) Pothier, nos 8 et 18.
(6) *Disc.* 151, no 7.
(7) Ulp., l. 1, § 5, D., *De pecuniâ constit.*
(8) Pothier, no 23.

cier consent à accepter cette promesse, il n'y a rien au monde de plus valable. Ce créancier aura deux débiteurs, le débiteur préexistant tenu à 1,000 fr., et moi tenu de tant d'hectolitres de blé; il aura deux modes distincts et principaux de procurer son paiement. Il pourra me demander tant d'hectolitres de blé, et je serai tenu de les lui payer comme débiteur direct, s'il n'a pas été payé des 1,000 fr. dus par l'autre débiteur préexistant.

Le tiers peut s'engager à des conditions différentes, et même à des conditions plus dures (1).

Ainsi il peut s'engager à payer dans un autre lieu plus éloigné (2). Par exemple, le pacte peut porter que le tiers, au lieu de payer au domicile du créancier, paiera à son correspondant qui demeure à une grande distance (3).

Ainsi encore il peut s'engager à payer le créancier dans un temps plus court (4).

Il y a plus : l'obligation qui naît du pacte *constitutæ pecuniæ* est si peu une adhésion pure et simple à l'obligation préexistante, qu'elle peut subsister même après l'extinction de celle-ci.

Ainsi, une vente ayant été faite d'un cheval ou d'un bœuf, si un tiers a promis de payer tant, dans le cas où l'animal serait atteint d'un vice rédhibi-

---

(1) Pothier, nos 19, 20.

(2) L. 5, D., *De pecun. constit.*

(3) Pothier, n° 24.

Infrà, n° 101.

(4) L. 4, D., d. t. *Infrà*, n° 103.

toire, il en est tenu quand même le vendeur serait libéré par l'expiration du temps déterminé pour l'exercice de l'action rédhibitoire (1). Inutile de dire qu'il n'y a plus de dette principale, et que l'obligation du tiers n'a plus de fondement. Ce serait argumenter à tort des principes du cautionnement. Quand le tiers s'est obligé, il y avait une dette préexistante de la part du vendeur. Cette condition était indispensable; mais elle suffisait. Il n'est pas nécessaire qu'elle subsiste aujourd'hui; car le tiers acquitte sa propre dette; il paie ce qu'il doit personnellement et principalement, pour une cause légitime, non acquittée.

Ainsi encore, un tiers s'oblige à vous payer 1,000 fr. à la place d'un certain cheval que je vous devais. Quoique le cheval vienne à mourir et que je sois libéré de mon obligation par la mort de cet animal, celle de ce tiers subsistera (2).

C'est pourquoi on ne peut pas dire que l'obligation du tiers qui s'oblige par le pacte *constitutæ pecuniæ* soit accessoire dans le même sens que l'obligation du fidéjusseur. Elle n'est accessoire que parce qu'elle suppose nécessairement une obligation préexistante dont elle a pour but de procurer le paiement. Mais elle n'est pas accessoire en tant qu'elle suit la nature et la condition de l'obligation préexistante (3). Elle peut avoir un autre objet,

---

(1) Pothier, n° 29.
Ulp., l. 18, § 1, D., *De constit. pecun.*
(2) Pothier, n° 28.
(3) Pothier, n° 8.

d'autres moyens d'exécution. Aussi de graves jurisconsultes, tels que Casaregis, ne veulent-ils pas qu'on classe le pacte *constitutæ pecuniæ* parmi les obligations véritablement accessoires : « *Generaliter* » *constitutores, vel hujusmodi principaliter pro altero obli-* » *gati, non sunt verè et propriè fidejussores,* VEL ACCES- » SORIÈ OBLIGATI ; *quia non alienæ obligationi accidunt,* » SED ALIENAM PROPRIAM FACIUNT (1). »

Il suit de là que le tiers débiteur par le pacte *constitutæ pecuniæ* n'a pas (comme le fidéjusseur) le droit de se prévaloir de toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur préexistant. Il ne peut invoquer que certaines exceptions, par exemple celles qui appartenaient à la dette lorsque le pacte *constitutæ pecuniæ* est intervenu. Ainsi, il pourra se prévaloir de ce qu'il n'y avait pas réellement de dette valable (2) : « *quia retrorsùm se actio refert* (3). » Mais, pour les évènements postérieurs (*post tempus obligationis*) (4), il ne peut pas se faire de plein droit un moyen de tout ce dont le débiteur préexistant pourrait se prévaloir s'il était assigné (5).

Et puisque le pacte *constitutæ pecuniæ* n'est pas une adhésion accessoire et subsidiaire à l'obligation d'autrui, mais l'introduction d'un nouveau débiteur principal qui se rend propre l'obligation d'autrui pour la payer à des conditions qui lui sont

---

(1) *Disc.* 151, n° 4.
(2) Pothier, n° 9.
(3) Ulp., l. 18, § 1, D., *De pecun. constit.*
(4) *Id.*
(5) Casaregis, *disc.* 53, n° 10.

propres, *et in vim propriæ obligationis*, il s'ensuit qu'il ne peut pas, comme le fidéjusseur, opposer le bénéfice de discussion (1). Haloander a tenu le contraire par une extension arbitraire de la novelle 4, ch. 1, et Pothier (2) n'aurait pas dû se borner à rappeler, sans prendre parti, cette opinion hasardée; il aurait dû en démontrer l'erreur. Si les débiteurs, par pacte *constitutæ pecuniæ*, avaient les mêmes priviléges que la caution, Justinien aurait-il jugé nécessaire de faire une constitution expresse pour étendre jusqu'à eux le bénéfice de division introduit par Adrien en faveur des fidéjusseurs (3)?

35. Le cautionnement a quelque rapport avec l'assurance : 1° en ce que le fidéjusseur se soumet à une chance périlleuse et incertaine (4) qui rapproche l'agissement des contrats aléatoires (5); 2° en ce que le créancier qui exige un cautionnement veut s'assurer contre le péril du non-remboursement par le débiteur (6).

Néanmoins, le cautionnement diffère de l'assurance par des côtés remarquables. Le cautionne-

---

(1) Casaregis, *loc. cit.*, n° 14, et *disc.* 152, n°s 7 et 8.
Marquardus, *De jure mercat.*, lib. 3, c. 11, n° 49.

(2) N° 33.

(3) L. 3, C., *De const. pecun.*
Casaregis, *disc.* 151, n°s 12 et 13.

(4) Pap., l. 116, D., *De verb. oblig.*

(5) Mon com. du *Jeu*, n° 23.

(6) L. 150, D., *De verb. signif.* (Caius).
L. 16, § 6, D., *De fidejuss.* (Julianus).
L. 42, D., *De reb. credit.* (Celsus).
L. 116, *De verb. oblig.* (Papin.).

ment est un contrat unilatéral ; l'assurance est un contrat synallagmatique. Le cautionnement est un contrat accessoire ; l'assurance est un contrat principal. Le cautionnement est un contrat de bienveillance ; l'assurance est un contrat intéressé de part et d'autre (1), qui le rapproche de la vente (2).

36. D'où dérivent ces différences ? A quelle cause première peut-on les rattacher ? Elles proviennent de ce que, dans le cautionnement, le créancier ne paie pas la sûreté qu'il se procure pour ce qui lui est dû, et que cette sûreté lui est donnée comme condition du crédit qu'il fait au débiteur.

Mais introduisez dans le cautionnement un élément qui est hors de son essence, c'est-à-dire un prix payable par le créancier, et vous aurez à l'instant un contrat d'assurance proprement dit (3) ; contrat aussi différent du cautionnement que le prêt simple diffère du prêt à intérêt.

Je dis un prix payable par le créancier, parce que ce n'est qu'à cette condition que la fidéjussion se transforme en assurance. Comme nous l'avons vu ci-dessus (4), elle resterait fidéjussion si c'était

---

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 302.
(2) Casaregis, *disc.* 1, n° 90.
Disc. 3, n° 1.
Disc. 70, n° 9.
(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 300.
(4) N° 16.

le débiteur qui salariât le risque couru par la caution.

Voyez, en effet, les conséquences de l'introduction dans le cautionnement d'un prix payé par le créancier. A l'instant, le contrat intervenu entre le créancier et celui qui l'assure se détache du contrat primitif dont on redoute la non-exécution, et l'assureur et l'assuré traitent d'une manière principale d'un objet entièrement distinct, à savoir, d'un risque à courir. A la vérité, leur accord sera lié à la condition que le contrat primitif ne sera pas tenu, et, en ce sens, ce contrat primitif ne demeurera pas tout-à-fait étranger au nouveau contrat. Mais le contrat primitif ne sera pris en considération que comme condition, et nullement comme une promesse principale dont la promesse de l'assureur n'est que l'accessoire. Entre l'assureur et l'assuré, on spécule d'une manière principale sur les chances d'exécution de l'obligation d'un tiers. On vend et l'on achète ces chances, comme on traite des chances de la fortune de mer ou des sinistres terrestres.

37. C'est ce qui se manifeste pleinement dans la convention *del credere*, dont nous avons eu occasion de parler dans notre commentaire du *Mandat* (1). Quelques jurisconsultes cités par Casaregis n'avaient aperçu dans cette convention qu'une simple fidéjussion; Casaregis les réfute avec l'autorité de la raison, de l'usage commercial et de la jurisprudence des tribunaux les plus éminents par leur

(1) N°s 373, 374.

autorité : « *In hâc enim quæstione, quamvis aliqui firmaverint mercatorem sic se obligantem, non induere nisi personam meri fidejussoris* (1), *verior tamen et menti mercatorum magis accommodata, usuque recepta est altera opinio contraria, sustinens* OBLIGATIONEM PRINCIPALEM, *sine remedio excussionis, fuisse, vigore hujusmodi verborum, contractam per mercatores... Et cum hâc opinione transit rota romana, decis.* 139, *præcipuè* n° 7, *ac decis.* 146, n° 3; *et cum hâc intelligentiâ ea verba à mercatoribus accipi testatur insignis Peri* (*in suo Negotiant.*, c. 31); *et ità obtinui et nuperrimè Pisis etiam ab illustrissimo magistratu consulum maris decisum in causâ D. J. Bruni Bielati, contra D. D. Huigens et socios* (2). »

La convention *del credere* n'est donc qu'une assurance véritable, « *sicurtà ed assicurazione* (3); *periculi assumptio* (4). » Comment voudrait-on que celui qui assure, moyennant un prix, la solvabilité d'un tiers, fût assimilé à un fidéjusseur? Où est le sentiment d'obligeance pour le débiteur? Où est le désir de lui être utile et d'ajouter à son crédit? Où est, de plus, la possibilité de considérer comme accessoire à son obligation un contrat d'*emptio venditio periculi*, stipulé dans les formes entre l'assureur et l'assuré? Où est enfin l'identité d'obligation? Est-ce

---

(1) Hering., *De fidejuss.*, c. 2, n° 42.
Ansaldus, *disc.* 61, n° 5.
Disc. 98, n° 51.
(2) *Disc.* 68, n^es 11, 12, 13.
(3) Casaregis, *disc.* 56, n° 20.
(4) *Id.*, *disc.* 39, n^s 8.

que l'assureur s'oblige de la même manière, à la même chose et pour la même cause (1)?

38. Le cautionnement est, à l'instar de l'hypothèque et du gage, une sûreté donnée au créancier. Il convient avec l'hypothèque et le gage en ce qu'il est, comme eux, accessoire à une obligation principale. Aussi dit-on souvent qu'il est permis d'argumenter de la fidéjussion à l'hypothèque (2). Mais la différence profonde qui empêche de confondre le cautionnement avec ces contrats, c'est que la sûreté qu'il procure repose dans le crédit personnel du fidéjusseur, tandis que la sûreté de l'hypothèque et du gage se tire de la valeur de la chose hypothéquée ou mise en gage. Le cautionnement engendre des droits contre la personne; l'hypothèque et le gage n'en assurent que dans la chose elle-même. Le créancier du fidéjusseur n'a qu'une action personnelle pour forcer ce dernier à payer. Le créancier muni d'une hypothèque ou d'un gage a l'action réelle, et exerce son recours sur la chose, indépendamment de la personne (3). Et comme l'engagement de la caution est purement personnel, il s'ensuit que celui qui s'est obligé personnellement ne peut se cautionner lui-même. Car ce serait ajouter à un engagement personnel, investi de toute sa plénitude, un engagement personnel de même nature, procédant de la même cause,

---

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 303.
Suprà, n°s 7, 29.

(2) Hering., c. 18, n° 67.

(3) Mon com. des *Hypothèques*, t. 1, n° 4.

ayant le même but; redondance vaine, double emploi ridicule!! Un débiteur principal ne peut donc être cautionné que par une autre personne. Il faut que le crédit du débiteur mis en suspicion se fortifie par le crédit d'un tiers plus solide.

Mais la garantie qui réside dans le gage et l'hypothèque peut être donnée par le débiteur même, au soutien de son obligation principale. C'est la sûreté de la chose que vient fortifier le crédit de la personne.

39. Chacune de ces espèces de sûretés a ses avantages et ses inconvénients.

Le créancier qui accepte une caution et qui est assez heureux pour trouver en elle bonne foi et solvabilité arrive rapidement et avec certitude au but qu'il a voulu atteindre. Partout où il y a du crédit personnel, il y a promptitude dans la solution des affaires.

Au contraire, le créancier qui n'a de sûreté que dans un gage ou une hypothèque est obligé de passer par les lenteurs, les formes et les frais qui accompagnent la conversion du gage en une somme liquide.

Ce n'est pas tout. Le créancier qui a une caution peut, en vertu de la règle « *Qui s'oblige oblige le sien,* » se faire payer sur tous les biens que cette caution possède (1).

Au contraire, le créancier qui s'est contenté d'un gage ou d'une hypothèque donné par un tiers

---

(1) *Id.*, n° 4.

pour sûreté de l'obligation principale doit limiter son action sur cette chose seule.

Mais, d'un autre côté, l'hypothèque ou le gage l'emportent, en ce que la caution, pouvant faire disparaître tous ses biens par des aliénations, est en quelque sorte maîtresse de rendre illusoire la sûreté du créancier.

Et non-seulement elle le peut par des aliénations, elle le peut encore en contractant des dettes et en donnant au créancier des concurrents dont le nombre absorbe les bornes de son actif.

Au contraire, le créancier nanti d'un gage ou assuré par son hypothèque, n'a pas à redouter de tels dangers ; la chose lui répond de la personne. *Plùs est cautionis in re quàm in personâ*, dit la sagesse romaine (1), et les docteurs ajoutent après elle : *Melius est pignori incumbere, quàm in personam agere* (2).

40. Il suit de là que celui qui s'est engagé à donner une hypothèque ne peut forcer le créancier à recevoir une caution (3).

Réciproquement, celui qui a stipulé une caution ne peut être contraint malgré lui à se contenter d'une hypothèque (4).

---

(1) L. 25, D., *De reg. juris.*

(2) Marsil., 297.

(3) Marsil., n° 297. Heringius, c. 15, n° 46.

(4) Marsil., *id.* Heringius, c. 18, n° 68.

Infrà, n° 202. V. l'art. 2041, qui fait exception pour les cautions légales et judiciaires.

41. Nous avons dit au n° 14 que le cautionnement ne doit pas être confondu avec la donation, et rien n'est plus évident, quoique le cautionnement soit un contrat de bienfaisance. C'est pourquoi il a été jugé, avec grande raison, qu'un père peut cautionner son fils sans pour cela être censé lui avoir fait un avantage indirect (1); et c'est l'opinion de M. Merlin (2), comme aussi celle de Basnage (3) et autres auteurs recommandables.

Toutefois, si le fidéjusseur renonçait après coup à exercer son recours contre le débiteur principal, ce serait une libéralité véritable qu'il exercerait envers ce dernier. Ce n'est pas qu'au regard du créancier, cette circonstance rendît le cautionnement réductible si cette libéralité excédait la portion disponible; car le cautionnement n'est pas, en ce qui le concerne, un acte de bienfaisance, une libéralité (4); et peu lui importe ce qui s'est passé entre le fidéjusseur et le débiteur principal, par suite d'arrangements qu'il ignore. La renonciation du premier est pour lui, qui n'a fait que recevoir son dû, *res inter alios acta.* Elle n'est pas un fait qui se rattache au contrat unilatéral (5) qui lie le fidéjusseur à lui; elle n'est qu'une renonciation à l'action *mandati contraria* (6), provenant

(1) Cass., ch. civ., 5 avril 1809 (Dev., 3, 1, 41).
(2) Q. de droit, v° *Transfert*, § 1.
(3) Sur Normandie, art. 369.
(4) *Suprà*, n° 13.
(5) *Suprà*, n° 18.
(6) *Suprà*, n° 17.

du paiement fait par le fidéjusseur dans l'intérêt du débiteur cautionné (1).

42. La promesse de cautionner quelqu'un, faite à un créancier, ne doit pas être égalée au cautionnement même; le créancier n'a pas sur-le-champ une action pour obliger le promettant à payer, de même qu'il en a une contre le vrai fidéjusseur. Pour être exposé à une condamnation comme fidéjusseur, il faut être fidéjusseur, et le promettant ne l'est pas encore. Le créancier n'a que le droit de le poursuivre pour réaliser sa promesse (2).

Et encore, si le créancier a été négligent à poursuivre le débiteur; si, de solvable qu'il était lors de la promesse, il l'a laissé devenir insolvable en ne profitant pas des occasions qu'il avait de se faire payer, il ne serait pas juste qu'il forçât le promettant à donner à un insolvable un cautionnement qui n'avait été promis que dans la vue de sa solvabilité. Le créancier a été négligent; ce n'est pas au promettant à réparer les conséquences de sa faute (3). Le créancier doit s'imputer de n'avoir pas exigé son dû quand les choses étaient entières.

43. Il ne faut pas considérer comme synonymes les mots *caution* et *garant;* le second a une signification générale que n'a pas le premier. *Garantir*

---

(1) Voyez M. Merlin, Q. de droit, v° *Transfert;*
Et v° *Avantages aux héritiers présomptifs*, § 7.
Arrêt de la Cour de cassat. du 5 avril 1809.
M. Ponsot, n° 25.
(2) Favre, Code, 8, 28, 86.
(3) *Id.*, 8, 28, 37.

signifie proprement *assurer* (1); il embrasse non-seulement l'assurance qu'on donne pour les faits et promesses d'autrui, mais encore l'assurance qu'on donne pour son propre fait. Au contraire, le mot caution ne s'entend que de l'assurance donnée pour les promesses d'autrui. On garantit ses propres faits; on est garant de ses promesses personnelles; on n'est jamais caution de soi-même; on ne peut être caution que d'autrui.

44. On appelle en droit caution juratoire une promesse faite sans fidéjussion, mais sous la foi du serment : « *promissio sine fidejussoribus, solo interposito jurejurando, facta* (2). » Les cautions juratoires étaient fréquentes dans l'ancien droit (3). Par exemple, le Guidon de la mer voulait que si l'assuré était notoirement solvable, l'assureur à qui il remettait les attestations de la perte fût condamné par provision à payer le sinistre et se contentât de la caution juratoire de l'assuré, sauf à faire plus tard la preuve contraire (4). Ces sortes de sûretés sont, avec raison, tombées en désuétude; on a senti qu'il ne fallait pas prodiguer les serments, et que d'ailleurs un serment n'ajoute rien

---

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 410.

(2) Justin., Inst., *De satisd.*, § *Sed hodiè.*
Hering., c. 18, n° 88.

(3) L. ult., in fine, C., *De castrens.*
L. ult., § *Quotiès*, C., *De privileg. scholar.*
L. 2, C., *Quandò et quib. quarta pars.*

(4) Ch. 3, art. 2. Valin sur l'art. 61 (liv. 3, t. 6) de l'ord. de la marine (t. 2, p. 144).

à une promesse faite sous le sceau de la foi publique et de la conscience.

45. Le fidéjusseur n'est pas un otage. Le fidéjusseur engage sa foi, mais il ne donne pas sa personne. L'otage, au contraire, est livré comme gage de l'observation des traités (1), et il en répond sur sa personne (2). Ce genre de sûretés est resté propre aux trèves internationales. Il est depuis longtemps inconnu dans notre jurisprudence civile; mais le droit des nations barbares en offre de fréquents exemples qui se rattachent aux conventions privées. Nous avons vu dans mon commentaire du *Mandat* (3) des marchands africains prêter leurs fonds moyennant la remise d'otages européens.

ARTICLE 2012.

Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable (4).

On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé; par exemple, dans le cas de minorité.

SOMMAIRE.

46. Le fidéjusseur prend sur lui l'obligation principale, sans éteindre par cela seul l'obligation du débiteur principal.

---

(1) Gail., *De pace publicâ*, c. 2, n° 11.
Hering., c. 19, n° 151, et c. 10, n° 280.

(2) On trouve des exemples d'otages (*obsides*) dans Tite-Live, lib. 3, 4, 9, 10; Tacite, lib. 1 Annal., et lib. 13, etc., etc.

(3) N° 669.

(4) Extrait de Pothier, n° 367.

Identité de l'obligation principale et de l'obligation du fidéjusseur.

47. Il suit de là que le fidéjusseur a les mêmes exceptions que le débiteur principal.

48. Mais pour cela il faut que ces exceptions soient inhérentes à l'obligation même.

49. Conclusion. On ne peut cautionner qu'une obligation valable.

50. On peut cautionner toutes obligations quelconques pourvu qu'elles soient valables.

On peut même cautionner une caution ou l'obligation née d'un délit.

51. Le fidéjusseur peut-il cautionner l'obligation de livrer un corps certain ?

52. A Rome, et du temps de la *sponsio* et de la *fide promissio*, on ne pouvait cautionner que les obligations solennellement formées par les paroles.

La fidéjussion fut imaginée pour élargir ce droit et adapter le cautionnement à toutes les obligations valables.

53. On peut même cautionner une obligation naturelle. Décision du droit romain à cet égard.

54. Exemple pris de l'obligation du mineur. Détails à ce sujet Exposition du droit romain à cet égard.

55. Du pupille *infans*.

56. Du pupille *infanti proximus*.

57. On ne peut cautionner leurs obligations.

58. Du pupille qui est arrivé à l'âge du discernement.

59. Son obligation a une base naturelle ; elle peut être cautionnée.

60. Il arrivait très souvent à Rome qu'on cautionnât les mineurs.

Des mineurs adultes sortis de tutelle. Validité de leurs obligations. Le préteur introduit la restitution en entier.

61. Danger de ce nouveau droit pour le crédit.

62. Naissance des curateurs.

63. Suite.
64. Leurs pouvoirs.
65. Suite.
66. Suite.
67. Suite.
68. Réflexions.
69. Validité des cautionnements qui s'ajoutent aux obligations contractées par les mineurs adultes.
70. *Quid* si le mineur est restitué parce qu'il a été *captus?* Sa restitution donnera-t-elle une exception à son fidéjusseur.
71. La négative est prononcée par les lois romaines. Raison de ce point de droit.
72. Suite.
73. Examen de la capacité naturelle du mineur au point de vue du droit français.
74. Suite. Critique d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1844.
75. Suite.
76. Examen d'une autre question qui touche au cautionnement prêté à un mineur.
77. Du mineur émancipé.
78. Suite.
79. Suite.
80. De l'interdit; de ses obligations et de la possibilité de les cautionner.
81. Suite.
82. Des engagements des femmes mariées et des cautionnements dont ils sont susceptibles.
83. Quand l'exception, au lieu de dériver de la personne, est réelle, le fidéjusseur peut en profiter.
84. De l'exception de dol et de violence.
85. Des dettes de jeu et de cabaret. Peut-on les cautionner?
86. De la lésion. Les actions entachés de lésion ne peuvent être cautionnées.
87. Peut-on cautionner la vente du fonds dotal?

88. Dans tous les cas on peut se porter fort pour une telle vente.
89. Le fidéjusseur peut opposer les exceptions malgré le débiteur principal.
90. La ratification d'une obligation foncièrement nulle, donnée par le débiteur principal après le cautionnement, ne nuit pas au fidéjusseur.
91. Suite.
92. Erreur du tribun Lahary.
93. De la promesse faite par le fidéjusseur de payer sans opposer d'exception. Sens de cette clause.
94. Autre clause à peu près semblable.
95. Suite.

COMMENTAIRE.

46. L'art. 2012 tire une conséquence importante du principe que le cautionnement n'est qu'un contrat accessoire. S'il est vrai que l'accessoire suive la nature du principal (1), il en résulte que le cautionnement ne peut soutenir qu'une obligation soutenable, et que sa validité chancelle et s'évanouit quand celle-ci s'écroule (2). Tout ce que peut faire le cautionnement, c'est d'ajouter à l'obligation principale une garantie de plus; ce qui manque au crédit de l'un, il le procure par le crédit de l'autre, et il appuie une obligation douteuse ou fragile sur une obligation plus forte et plus solide. Mais il ne peut aller au delà; il n'a pas été admis dans le droit pour faire valoir ce qui, en soi, n'est pas valable.

---

(1) Marsil., 285 : « *Accessorium sui principalis naturam se-* » *quitur.* »

(2) *Cùm causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum habent*, l. 178, D., *De reg. juris.*

Cette vérité apparaît avec plus d'évidence encore quand on réfléchit que l'obligation du fidéjusseur n'est que l'obligation principale elle-même, étendue jusqu'à lui : « *Idem fide tuâ esse jubes? Idem fide meâ esse jubeo* (1). » Le fidéjusseur doit ce que le débiteur principal doit : « *In aliam rem fidejussor obligari non potest* (2). » Son obligation est la même : *Concurrunt uterque ipsorum*, dit Marsili, PRO EODEM DEBITO *in obligatione* (3). Nous avons déjà fait cette remarque plusieurs fois (4) ; elle reviendra souvent encore dans le cours de ce commentaire : c'est une de ces vérités fondamentales auxquelles on est sans cesse ramené (5).

47. De là il suit que le fidéjusseur a contre le créancier les mêmes exceptions que le débiteur principal (6). L'obligation, en s'étendant jusqu'au fidéjusseur, arrive entre ses mains avec tous les éléments bons ou mauvais qui la constituent. Elle est pour lui ce qu'elle est pour le débiteur principal. Les devoirs qu'elle impose à celui-ci sont communs à celui-là ; les exceptions qu'elle donne au

---

(1) *Suprà*, n° 7.
Caius, 3, *com.* 116.

(2) Javolenus, l. 42, D., *De fidej.*

(3) N° 285. Voyez mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 633, et Heringius, c. 3, n° 26.

(4) *Suprà*, n°s 21, 29.
Infrà, n° 96.

(5) *Infrà*, n°s 102 et 96.

(6) Art. 2036.

débiteur, elle les donne au fidéjusseur (1). Ce point est consacré par les textes les plus respectables du droit romain. Caius le décide expressément à l'égard d'un fidéjusseur qui avait cautionné une femme, laquelle s'était obligée contre la défense du sénatusconsulte Velléien. De même que la femme peut se défendre par l'exception tirée de ce sénatusconsulte, de même le fidéjusseur peut s'en prévaloir : *Fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio* (2). Et c'est également ce que proclament les empereurs Dioclétien et Maximien dans la loi 14, au C., *De senatusc. Velleiano : « Eâdem exceptione fidejussorem ejus uti posse, juris auctoritas probat. »*

Le même Caius étend l'application de cette règle au fidéjusseur d'un fils de famille, qui avait emprunté contre la défense du sénatusconsulte Macédonien (3). Enfin, Paul déclare d'une manière générale : *Rei autem cohærentis exceptiones etiam fidejussoribus competunt* (4). Voilà le principe : le voilà avec ses exemples. On en comprend à merveille la raison lorsqu'on se pénètre bien de cette idée, savoir, que l'obligation du fidéjusseur est la même que celle du débiteur principal. *Idem fide meâ esse jubeo.*

---

(1) Marsil., n° 267. « *Quæro an exceptio competens principali, competat fidejussori : in quo, dicas, quòd si, regulariter.* »
Pothier, n° 381.
Infrà, n° 484.
(2) L. 2, D., *Quæ res pignori.*
(3) Loi précitée.
(4) L. 7, § 1, D., *De exceptionibus.*

48. Et par-là on arrive tout de suite à une conséquence que les textes cités ont déjà fait pressentir : c'est que l'exception ne profite au fidéjusseur qu'autant qu'elle est inhérente à l'obligation même : *rei cohærentes exceptiones*. Mais si l'exception n'est pas attachée à l'obligation même, si elle découle d'un privilége accordé à la seule personne du débiteur, il en est autrement. Les priviléges personnels ne se communiquent pas, le fidéjusseur reste obligé (1) ; il n'y a de communication que pour les priviléges appelés par les docteurs *separabiles à personâ rei* (2).

49. On voit maintenant comment il est manifeste que le cautionnement ne peut avoir lieu que pour une obligation valable. Que serait-ce d'un cautionnement prêté à une obligation infectée de certains vices que le fidéjusseur conserve le droit de relever et d'attaquer tout aussi bien que l'obligé principal? Ne voit-on pas (et c'est une remarque finale qui vient s'ajouter à tant d'autorités et de raisonnements) que si la loi avait permis de cautionner une obligation nulle, il ne lui aurait servi de rien de protéger le débiteur par une action en nullité, puisque le fidéjusseur, après avoir payé

---

(1) Marsil., nº 268 ; Hering., c. 27, pars. 4, nºs 2 et suiv.
Pothier, nº 381.
Texte de l'art. 2012.

(2) Marsil., nº 284.
Balde sur la loi *Tàm mandatori*, C., *De non numeratâ pecuniâ*.
Infrà, nº 486.

le créancier, aurait contre ce débiteur un recours qui en définitive aboutirait à l'accomplissement même de cette obligation?

Ainsi donc, il est un premier principe qui domine la matière du cautionnement et dont l'article 2012 est l'interprète : c'est qu'on ne peut cautionner qu'une obligation valable.

50. Mais quand l'obligation est valable, peu importent son origine, son sujet, son objet et son but. Quelle qu'elle soit, le cautionnement peut se joindre à elle et la soutenir par son adhésion. On ne recherche pas si elle provient d'un contrat, d'un jugement, d'un méfait ; si elle est intervenue entre Français ou entre étrangers ; si elle est civile ou commerciale. La règle est qu'on peut cautionner toute espèce d'obligation (1), une obligation pure et simple, comme une obligation conditionnelle et à terme (2).

On peut même cautionner une obligation future (3).

On cautionne des emprunteurs, des acheteurs, des fermiers, des mandataires (4). On cautionne la promesse d'une dot (5), un billet à la grosse (6), une lettre de change, etc., etc.

---

(1) Ulp., l. 8, § 1 et 6, D., *De fidejuss.*
Instit., *De fidej.*, § 1.
(2) Marcian., l. 5, D., *De pignorib.*
(3) Ulp., l. 6, D., *De fidejussorib.*
(4) Marcian., l. 5, D., *De fidej.*
(5) *Id.*
(6) Emerig., t. 2, p. 530.

On cautionne aussi l'obligation née d'un délit ou d'un quasi-délit (1).

On cautionne même une caution (2).

En un mot, la fidéjussion a la plus grande étendue ; elle se prête à tous les cas où une personne a besoin de crédit. Les jurisconsultes romains exprimaient ce caractère large et facile du cautionnement, en disant qu'on peut cautionner toute obligation quelconque, civile, prétorienne ou naturelle (3).

51. Lorsque l'obligation consiste à livrer un corps certain ou à faire un acte personnel, on est tenté, au premier coup d'œil, de se récrier contre la généralité de notre proposition, et l'on se demande, avec quelque doute dans l'esprit, comment il est possible qu'un fidéjusseur prenne l'obligation de livrer une chose qui n'est pas à lui, de faire un acte personnel à l'obligé principal. N'est-ce pas le cas de dire avec les docteurs : « *Factum alienum inutiliter promittitur* (4) ? »

Mais un peu de réflexion lève bientôt ce scrupule passager. Toutes les obligations aboutissent à des dommages et intérêts, quand le débiteur prin-

---

(1) Ulp., l. 8, § 5, D., *De fidejussorib.*

(2) Art. 2014, *infrà.*

(3) Marcian., l. 5, D., *De pignorib.*
Ulp., l. 14, § 1, D., *De pignorib.*
Julian., l. 16, § 3, D., *De fidej.*
Ulp., l. 6, D., *De fidej.*
L. 8, § 3, D., *De fidej.*

(4) Hering., c. 11, n° 177.

cipal refuse de les remplir dans la forme promise. Or, ce sont ces dommages et intérêts que cautionne le fidéjusseur, et c'est sous ce rapport que son adhésion est efficace (1). Il ne s'oblige pas à livrer telle chose dont il n'est pas propriétaire ; il ne s'oblige pas à faire tel acte qui n'a de valeur qu'autant que le débiteur principal y mettrait son industrie. Il s'engage seulement à payer les dommages et intérêts dus au créancier dans le cas où l'obligation principale n'est pas exécutée (2). Javolenus a expressément prévu ce cas dans la loi 44, D., *De fidejussoribus.*

Voilà pourquoi nous trouvons à chaque instant, dans le droit, des vendeurs que l'on cautionne (3). La caution du vendeur ne s'oblige pas précisément, comme le vendeur, à livrer la chose ; mais elle promet, comme lui, de défendre l'acheteur de tout trouble (4) et de l'indemniser en cas d'éviction.

Concluons donc avec Ulpien : « *Prætereà sciendum est fidejussorem adhiberi omni obligationi posse sive re, sive verbis, sive consensu* (5). »

---

(1) *Infrà*, n° 124. M. Duranton, qui a enseigné le contraire (t. 18, n° 315), a été repris avec raison par M. Ponsot, n° 98.

Junge Marsili, n° 294.

(2) Hering., *loc. cit.*, n°s 178 et 179.

(3) L. 2, C., *De fidej. minor.*

Papinien, l. 18, § 1, D., *De peric. et com.*

Mon com. de la *Vente*, t. 1, n°s 442, 461, 462, et t. 2, n°s 608 et 617.

(4) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 461.

(5) L. 8, § 1, D., *De fidej.*

52. Du reste, le droit romain n'était pas arrivé tout d'un coup à un état de choses si commode pour le crédit. Dans l'origine, lorsque la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient seules en usage (1), on ne pouvait adapter les promesses accessoires des *sponsores* et *fidepromissores* qu'à des obligations solennellement formées par les paroles ; les autres obligations ne pouvaient être cautionnées (2). L'introduction de la *fidejussio* eut précisément pour but de généraliser ce moyen précieux d'augmenter la sécurité des rapports privés (3) ; la facilité de la *fidejussio* à se prêter à toutes les situations lui fit obtenir la préférence sur ses aînées (4).

53. C'est pour dépeindre cette élasticité de la fidéjussion que les jurisconsultes romains ont insisté sur la vertu qui lui est propre d'adhérer non-seulement aux obligations civiles, mais encore aux obligations prétoriennes, et même aux obligations naturelles. *Fidejussor accipi potest*, dit Julianus, *quotiès est aliqua obligatio civilis, vel naturalis, cui applicatur* (5). Ulpien a reproduit deux fois cette observation de Julianus (6), et les Institutes de Justinien s'en sont emparées (7). Elle est grave, en effet ;

---

(1) *Suprà*, n°s 2, 3, 4.
(2) *Suprà*, n° 6.
(3) *Suprà*, n° 7.
(4) *Suprà*, n° 8.
(5) L. 16, § 3, D., *De fidejussorib.*
(6) L. 6, D., *De fidej.*
L. 8, § 3, D., *De fidej.*
(7) *De fidej.*, § 1.

car, dans le droit romain, le débiteur naturel n'est pas, à proprement parler, un débiteur. « *Si naturâ debeatur, non sunt loco creditorum* (1). » Voilà le langage exclusif du *summum jus* dans sa précision et sa rigueur. Ce n'est que par abus, *per abusionem*, que le débiteur naturel est placé dans la classe des débiteurs (2), puisqu'on n'a pas d'action contre lui (3). Mais si son créancier ne peut l'actionner en justice, il n'en est pas moins vrai que ce même créancier peut retenir ce qui lui a été payé : *Soluta pecunia repeti non potest* (4). Il peut aussi faire entrer en compensation ce qui est dû (5) ; il peut le convertir, par le moyen de la novation, en une autre obligation civile (6). Il y a donc là un lien formé par l'équité et soutenu par elle (*vinculum æquitatis, quo solo sustinetur* (7)). Il y a une base naturelle qui a assez de consistance et de valeur pour servir d'assiette à un cautionnement. Le cautionnement lui donnera l'équivalent de ce qui lui manque de force aux yeux du droit civil ; il l'égalera, en quelque sorte, à l'obligation civile, dont des distinctions jalouses la tiennent séparée.

Par exemple, un esclave s'oblige envers un étran-

---

(1) Ulp., l. 10, *De verb. signif.*
(2) Jul., l. 16, § 4, D., *De fidej.*
(3) Ulp., l. 10, D., *De verb. oblig.*
Jul., l. 16, § 4, D., *De fidej.*
(4) *Id.*
(5) Ulp., l. 6, D., *De compens.*
(6) Ulp., l. 1, § 1, D., *De novat.*
Pothier, *Oblig.*, n° 191.
(7) Papin., l. 95, D., *De solut.*

ger : son obligation est purement naturelle. Un fidéjusseur en cautionnera cependant l'exécution par une promesse valable (1) : il fortifie l'obligation principale ; il donne une garantie civile à un lien reconnu par l'équité ; et la jurisprudence doit encourager ce rapprochement de l'équité avec les effets du droit privilégié.

54. Parmi les obligations naturelles, il en est une qui joue un rôle considérable dans les fragments du droit romain relatifs à cette matière (2) ; c'est celle du mineur qui s'oblige sans autorisation. L'art. 2012 s'en étant expressément occupé, nous devons nous y arrêter quelques instants, afin de montrer la filiation des idées qui ont introduit dans notre Code cette disposition importante.

Comme je l'ai dit ailleurs (3), la minorité se partageait à Rome en deux époques : 1° l'impuberté, pendant toute la durée de laquelle le mineur était placé sous l'autorité d'un tuteur (4) ; 2° la puberté jusqu'à 25 ans, pendant laquelle le mineur était hors de tutelle : *suæ tutelæ* (5).

L'impuberté se subdivisait à son tour en trois temps : l'âge où l'enfant ne parle pas encore (*in-*

---

(1) Instit., *De fidej.*, § 1.

(2) Pomp., l. 42, D., *De jurejurand.*
Papinien, l. 95, § 4, D., *De solutionib.*

(3) Mon commentaire des *Hypothèques*, t. 2, n° 488.

(4) Caius, 1, *com.* 189.
Justin. (Instit., *De atil. tutor.*, § 6).

(5) Just., Instit., *Quib. modis tut. finitur.*

fans); l'âge où, quoiqu'il commence à se servir de la parole, il est cependant encore près de l'enfance (*infanti proximus*); enfin, l'âge où l'enfant s'approche de la puberté (1).

Dans l'origine, ces trois époques de l'impuberté variaient suivant le développement individuel. On considérait, dans chaque impubère, le fait de son aptitude à parler et à comprendre.

Sous les empereurs chrétiens, on substitua à cette appréciation relative une règle fixe, absolue, tirée du nombre des années. L'*infans* fut celui qui avait moins de sept ans (2); l'*infanti proximus* celui qui avait sept ou huit ans (3); le *pubertati proximus* celui qui se trouvait placé entre huit et quatorze ans. Mais auparavant (je le répète) les trois époques étaient relatives; elles étaient subordonnées aux progrès de l'intelligence dans chaque impubère. Voyons donc ce que le droit romain décide de la capacité du pupille, pendant ces trois époques de la tutelle.

55. Le pupille *infans* est radicalement incapable : « *Neque infans stipulationem contrahere potest* (4). » Les jurisconsultes le comparent à l'insensé (5).

---

(1) Caius, 3, *com.* 107, 109.
Justin., Instit., *De inutil. stipul.*, § 10 :
Infans, — infanti proximus, — pubertati proximus.
(2) L. 18, C, *De jur. delib.*
(3) Théophile sur le § cité des Instit. (trad. de Fabrot).
(4) Ulp., l. 1 et 70, D., *De verb. oblig.*
(5) Instit., *loc. cit.*
Caius, 3, *com.* 109.

56. L'*infanti proximus* est l'objet de la même comparaison (1). Toutefois, par un motif d'utilité, on admet favorablement qu'il peut stipuler avec ou sans l'assistance de son tuteur, c'est-à-dire prononcer les paroles solennelles par lesquelles on oblige les autres. *Pupillus ex quo fari cœperit, rectè stipulari potest* (2). Ceci se comprend très bien si l'on remonte à l'origine d'un système qui n'admettait pas qu'on pût se faire représenter dans les actes solennels de la vie civile (3), et voulait que les formules fussent prononcées par la personne intéressée. Ainsi, ce pupille voisin de l'enfance se présentera personnellement; il articulera les paroles solennelles dont le sens échappe à sa faible intelligence. Il jouera un rôle dans cette comédie juridique où le droit est traduit en formules et en actes matériels. Sans lui, sans son intervention réelle, sans l'articulation, sortie de sa bouche, des paroles consacrées, l'acte est sans valeur. Il faut qu'il prononce les mots mystérieux qui lui sont soufflés. Autrement, point de mancipation possible, point de stipulation, point d'adition d'hérédité.

Si l'on s'en tenait là, on serait tenté de crier à l'énormité. Mais le droit de Rome n'est que for-

---

(1) Paul, l. 9, D., *De acq. hæred.*
Inst., *De inut. stip.*, § 10.
Ulp., l. 1, § 12 et 13, *De oblig. et act.*
(2) Caius, l. 141, § 2, D., *De verb. oblig.;*
Et l. 1, § 13, D., *De oblig. et act.*
Just., Instit., *De inut. stip.*, § 9.
(3) Mon com. du *Mandat*, n° 4.

maliste; il n'est pas absurde. Comme des paroles prononcées par un enfant ne sont qu'un vain son (*sine mente sonum*), le droit place à côté de lui l'homme qui est son tuteur, dont l'intelligence supplée à sa raison, dont la volonté vient ajouter à la sienne ce qui lui manque de plénitude, dont la fonction est de l'autoriser (1), c'est-à-dire de mettre dans l'agissement l'addition de capacité que la nature ne lui a pas encore permis d'atteindre.

Et comme une personne peut faire son propre bien, même sans le savoir, s'il arrive que le pupille, jouant le rôle de stipulant, ait prononcé, sans l'autorisation de son tuteur, les paroles par lesquelles on en oblige un autre, ce dernier sera tenu.

Mais le pupille pourra-t-il s'obliger lui-même par stipulation envers les autres? Non. Car ses facultés morales sont encore imparfaites comme son développement physique; la légèreté de son esprit, les lacunes de son intelligence, enlèvent à ses engagements tout caractère sérieux. Un tuteur doit suppléer par son autorité à l'insuffisance de son jugement (2). La nature le veut ainsi, et l'incapacité d'un tel impubère est de droit naturel (3).

---

(1) *Ab augere... auctum.*

(2) Just., Inst., *De inut. stip.*, § 9, combiné avec la loi 1, § 13, D., *De oblig. et act.*, où Caius dit qu'il peut promettre : *Creditur et stipulari et promittere rectè posse. Promittere*; mais avec l'autorisation de son tuteur, d'après Justinien.

(3) Caius, 1, *com.* 189.

Just., Instit., *De atil. tutor.*, § 6.

C'est de lui que le jurisconsulte Licinius Rufinus a dit : « *Pupillus, mutuam pecuniam accipiendo, » ne quidem* JURE NATURALI *obligatur* (1). »

C'est encore de lui que doivent s'entendre ces paroles de Neratius : « *Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, repetitio est quia naturâ non debet* (2). »

Toutefois, quand le pupille *infanti proximus* s'est enrichi, on reconnaît qu'il est naturellement engagé, *in quantum locupletior factus est* (3).

57. Et puisque l'obligation du pupille *infanti proximus* n'a aucun appui ni civil ni naturel, il s'ensuit qu'elle ne peut être cautionnée. Rappelons-nous que ce pupille est comparé à l'insensé (4). Or, l'engagement de l'insensé n'est pas susceptible de cautionnement d'après Ulpien (5) et Caïus (6).

58. La troisième époque de l'impuberté rapproche le pupille du moment où il sortira de tutelle. Sa raison s'est ouverte et fortifiée ; son intelligence est plus en état de comprendre la gravité d'un engagement. En droit naturel, donc, son

---

(1) L. 59, D, *De obligat.*
V. Godefroy.
(2) L. 41, D., *De cond. indebiti.*
(3) Pap., l. 25, § 1, D., *Quandò dies legat. cedat.*
Godefroy sur cette loi ; Cujas, 17, *obs.* 4.
Ulp., l. 5, § 1, D., *De auct. et cons. tutor.*
(4) *Suprà*, n° 56.
(5) L. 6, *De verb. oblig.*
(6) L. 70, § 4, D., *De fidej.*

engagement vaudra s'il a été accompagné de discernement.

C'est ce que reconnaissent des textes importants. Ulpien, voulant donner un exemple d'une obligation naturelle, choisit le cas d'un pupille qui a promis sans l'autorité de son tuteur : *Si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* (1). Paul qualifie également d'obligation naturelle celle du pupille qui a emprunté sans l'autorité de son tuteur (2). Papinien (3) et Pomponius (4) tiennent le même langage.

Ces textes formeraient une antinomie choquante avec les opinions de Licinius Rufinus et de Neratius, si l'on ne restreignait ces dernières au cas où le pupille est *infanti proximus*, et par conséquent trop faible de raison pour comprendre l'importance d'une obligation. C'est ainsi que Godefroy concilie les diverses décisions que nous venons de rappeler (5).

59. Et, dès lors, rien de plus simple à comprendre que la fidéjussion de pareilles obligations. Elles valent comme obligations naturelles ; elles sont donc susceptibles d'être cautionnées ; car toutes les fois qu'une obligation trouve dans le droit naturel un point d'appui, le cautionnement peut s'a-

---

(1) L. 1, § 1, D., *De novat.*

(2) L. 21, D., *Ad leg. Falcid.* (lib. 12 *Quæst.*).

(3) L. 25, § 1, D., *Quandò dies legat. cedat.*
L. 95, § 4, D., *De solut.*

(4) L. ult., D., *De jurej.*

(5) Sur les lois 59, *De oblig.*, et 41, D., *De cond. indebit.*

jouter à elle et lui procurer, par son accession, les effets qui lui manquent en droit civil.

Écoutons Pomponius (1) :

« Un créancier plaide contre un pupille à qui il a prêté de l'argent, et lui défère le serment. Le pupille jure qu'il ne doit rien. Le créancier exerce alors une action contre le fidéjusseur du pupille. Faudra-t il le repousser par l'exception du serment prêté par le pupille?

» Julianus, continue Pomponius, a clairement résolu cette question. Il faut voir quel est le sens du serment. Le pupille a-t-il voulu dire qu'il n'a rien reçu, ou qu'il s'est libéré? Alors l'obligation naturelle du pupille disparaît : NATURALIS OBLIGATIO *hâc pactione tollitur*. Si le fidéjusseur a payé quelque chose, il pourra le répéter.

» Mais le pupille a-t-il entendu se défendre par le moyen tiré du défaut d'autorisation de son tuteur (*quòd tutor ejus non intervenisset*), et le serment a-t-il seulement porté sur le fait de la non-assistance du tuteur, le fidéjusseur devra payer, et le préteur ne viendra pas à son secours. »

Ainsi, Pomponius rattache sa solution au principe que l'obligation du fidéjusseur, étant l'accessoire, suit la nature de l'obligation principale. Si l'obligation principale tombe par un vice réel, ou parce qu'elle est éteinte, ou parce qu'elle n'a jamais existé, le fidéjusseur est affranchi. Mais si l'obligation existe naturellement, bien qu'un moyen de droit civil en affranchisse le débiteur

(1) L. 42, D., *De jurejurand.*

principal, le fidéjusseur reste obligé. Et puisque l'obligation naturelle du mineur est encore debout après que le lien civil a été rompu à cause du défaut d'autorisation, le fidéjusseur restera exposé à l'action du créancier.

C'est aussi l'obligation naturelle qui se montre à Papinien comme support de l'obligation du fidéjusseur : « NATURALIS OBLIGATIO, *ut pecuniæ numera-* » *tione ità justo pacto, vel jurejurando, ipso jure tollitur;* » *quòd vinculum æquitatis quo solo sustinebatur, conven-* » *tionis æquitate dissolvitur. Ideòque fidejussor quem* » *pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur* (1). »

Et voilà pourquoi Caius et Julianus veulent que le fidéjusseur reste obligé dans l'espèce suivante, où l'obligation naturelle n'était affectée par aucune cause d'extinction viscérale : « Un pupille avait » fait un compromis sans l'autorisation de son tu- » teur, et un fidéjusseur l'avait cautionné. La con- » damnation ne sera pas susceptible d'être exécu- » tée contre le mineur; mais elle le sera contre » son fidéjusseur (2). »

60. Tels sont les principes posés par le droit romain sur les cautions des pupilles. On aperçoit du reste, par l'abondance des textes que fournit ce sujet, qu'il arrivait très souvent à Rome que les pupilles contractassent des obligations sans autorisation, et qu'il était d'usage de les cautionner. On est tenté de s'étonner de cette participation précoce de mineurs impubères aux actes

(1) L. 95, § 4, D., *De solutionib.*

(2) L. 35, D., *De recept. et qui arbit.*

de la vie civile. Notre civilisation ne nous offre rien de semblable. Mais qu'y a-t-il de plus simple cependant que de voir ces enfants, qu'on avait familiarisés de bonne heure avec les formules, que l'on faisait intervenir personnellement dans les rapports civils (dont nos enfants n'approchent pas), user pour leur prompte compte de ces instruments, et devancer l'âge de l'expérience et de la pratique des affaires?

Voyons maintenant ce qui regarde l'état de minorité qui suit la sortie de tutelle. Voyons la nature des obligations du mineur qui n'est plus pupille, et la validité des fidéjussions accessoires à ces obligations.

On le sait : quand la puberté a fait avancer le développement moral, en même temps que le développement physique du mineur, le droit romain fait faire un grand pas à sa capacité. L'individu pubère sort de tutelle. Il est *sui juris*, il est *suæ tutelæ* (1). Capable d'engendrer, il est capable de se marier (2) : l'acte le plus important de la vie civile!! et la loi voit en lui un homme, parce qu'il est présumé agir librement et avec connaissance.

Il n'est pas dit cependant que son discernement, jeune encore et inexpérimenté, sera à l'abri de l'erreur et de faux calculs dans ce qui tient à l'administration difficile de ses affaires, de ses intérêts, de son patrimoine. *Licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non pos-*

---

(1) Cujas cité par moi, *Hypot.*, t. 2, n° 488.

(2) Cujas d'après la loi *Sciendum*, D., *De ritu nuptiar.*

sint (1). Il faudra donc venir au secours de sa fragilité (2). On fera des lois de rigueur contre ceux qui le surprendront (3) ; et le préteur, obéissant à l'équité naturelle (*naturalem æquitatem secutus*) (4), plutôt qu'aux conceptions arbitraires du droit strict, trouvera moyen de le délier de ses engagements, et lui accordera le bénéfice de la restitution en entier (5).

61. Rien de plus juste, sans doute, et de plus conforme à cette équité naturelle qui est la règle du droit prétorien. Mais avec cette menace de la restitution en entier, pesant sur tous les actes passés avec les mineurs, que deviendra le crédit ? Qui osera traiter en sûreté avec ces personnes *sui juris* de nom, et cependant, en fait, ayant toujours à la bouche les mots d'imprudence, d'infirmité d'âge, de restitution ? Si le droit civil a trop présumé du mineur pubère et lui a accordé plus que son âge ne comporte en le proclamant *sui juris* et *suæ tutelæ*, n'est-il pas clair aussi que le préteur va faire planer l'incertitude sur une foule d'agissements commandés par la nécessité ou l'urgence, et indispensables dans le commerce civil?

---

(1) Just., Inst. (*De curatorib.*).

(2) Ulp., l. 1, D., *De minorib.*

(3) La loi Lætoria ou Plætoria.
Cicér., *De nat. deor.*, 3, 30 ; *De off.*, 3, 15 ; et Plaute, *Pseudol.*, act. 1, s. 3, v. 68.

(4) Ulp., *loc. cit.*

(5) Ulp., l. 1, D., *De minorib.* ;
Et l. 7, D., *De minorib.*

62. Aussi, qu'arriva-t-il? Ceux qui eurent des intérêts à régler avec les mineurs adultes, ne voyant aucune sûreté dans les promesses de ces derniers, s'abstinrent de contracter avec eux (1), à moins qu'ils ne fussent assistés de curateurs; et cela, à l'imitation des curateurs institués par les douze tables pour les furieux et les prodigues. Cette extension ingénieuse remédiait à un trouble fâcheux dans les relations d'affaires; elle favorisa les transactions en les rendant plus sûres. Il devint d'usage chez les mineurs de demander au magistrat d'être pourvus de curateurs (2). Toutefois, par un vieux respect pour l'indépendance dont l'antique constitution romaine avait investi le citoyen *sui juris*, arrivé à la puberté, on ne pouvait lui donner un curateur malgré lui (3), si ce n'est dans trois cas : 1° pour recevoir les comptes de son tuteur (4); 2° pour un procès (5); 3° pour recevoir un paiement (6).

63. Mais quand un mineur avait demandé lui-même et obtenu un curateur, il restait alors sous sa surveillance jusqu'à sa majorité. C'en était fait de cette plénitude de capacité que le droit civil lui accordait; il avait reconnu, de son plein gré, son insuffisance pour la gestion de ses biens; il avait fait modifier par le juge sa capacité civile; il de-

(1) Ulp., l. 7, § 2, D., *De minorib.*

(2) Papinien, l. 13, § 3, D., *De tutorib. et curat.*

(3) Just., Instit., *De curat.*, § 2.

(4) Gordien, l. 7, C., *Qui petant tutor. vel cur.*

(5) Just., Instit. (*De curat.*), § 2.

(6) Ulp., l. 7, § 2, D., *De minorib.*

vait subir jusqu'à sa majorité la loi qu'il s'était faite. La loi 3, au C., *De in integ. restit.*, le compare à un prodigue, et cette comparaison (inexacte sous beaucoup de rapports, comme presque toutes les comparaisons) est vraie en ce sens, qu'à l'instar du prodigue, il est devenu incapable, de capable qu'il était primitivement.

64. Ce n'est pas que ce curateur ait le gouvernement de la personne du mineur adulte. Le curateur n'est pas un tuteur. Il n'a pas *vim et potestatem in capite libero.* Il ne doit veiller qu'à la conservation du patrimoine du mineur, et consentir aux actes qui entraînent la diminution de son avoir. Il est donné aux biens, et non pas à la personne. La personne est indépendante, conformément à la prescription du vieux droit, à qui il faut bien laisser une partie de son empire. Elle est complète, elle ne relève que de sa propre tutelle: *est suæ tutelæ.* Elle est tellement capable que Modestinus, dans la loi 101, au D., *De verb. oblig.*, proclame la capacité du mineur pubère pour s'obliger *ex stipulatu* sans son curateur. Et, en effet, outes les fois que l'engagement du mineur ne va pas jusqu'à la disposition de sa chose, cet engagement est valable. Par exemple, le mineur peut se marier sans le consentement de son curateur. Que peut-on dire de plus? La raison qu'en donne Paul, c'est que l'office du curateur est concentré dans ce qui a trait aux biens. *Officium ejus in administratione negotiorum constat* (1).

---

(1) L. 20, *De ritu nuptiar.*

65. Ainsi, la capacité du mineur pourvu d'un curateur se trouve divisée en deux parties distinctes. Sa personne ne reconnaît dans ce curateur aucun pouvoir qui la domine ; elle jouit des prérogatives du droit primitif. Mais ses biens sont sujets au gouvernement du curateur. Si la personne est indépendante, c'est à la condition de ne pas sortir du cercle des faits personnels ; aussitôt que l'engagement touche aux biens, il est défectueux si le curateur n'y a pas consenti. Il est nul *ipso jure*, quoique d'une nullité relative (1).

66. Quant aux mineurs qui se croient assez sûrs d'eux-mêmes pour la gestion de leurs affaires, et qui refusent le secours d'un curateur, ils disposent à leur gré de leurs personnes et de leurs biens. Ne sont-ils pas *sui juris* et *suæ tutelæ?* Le droit strict ne les tient-il pas pour investis de la plénitude de capacité civile? Les engagements émanés d'eux sont donc parfaits ; seulement ils ont le bénéfice de la restitution en entier (2).

67. Ajoutons cependant qu'en ce qui concerne l'aliénation et l'hypothèque des propriétés immobilières, la législation impériale, soucieuse de donner à la minorité des garanties indispensables, a exigé une formalité de plus. Le décret du magistrat est nécessaire tant au mineur pourvu d'un curateur qu'à celui qui a voulu garder sa liberté. Il est également nécessaire pour la vente et l'hypo-

---

(1) Mon com. des *Hypothèques* (*loc. cit.*).

(2) Diocl. et Maxim., l. 3, C., *De in integr. restit.*; Et tout le titre du Dig., *De minorib.*

thèque des biens du mineur pourvu d'un tuteur. Sans ce décret, l'aliénation et l'hypothèque sont nuls de plein droit, quoique toujours d'une nullité relative (1).

68. En réfléchissant maintenant à ce que nous venons de dire, on n'a pas de peine à comprendre qu'une obligation naturelle subsiste au fond des engagements contractés par le mineur adulte. Rien de plus évident en ce qui concerne le mineur dépourvu de curateur. La chose n'est pas moins claire à l'égard du mineur à qui un curateur a été donné. Les précautions prises dans un intérêt civil n'empêchent pas que ce mineur, indépendant dans sa personne, ne se soit moralement engagé. Si son obligation n'a pas d'effet sur ses biens, à cause du défaut de consentement de celui qui a le soin de ces mêmes biens, elle n'en a pas moins une valeur morale digne de considération; car elle émane d'une volonté libre.

69. De tels engagements pourront donc être cautionnés : celui du mineur dépourvu de curateur, parce qu'il est capable et *suæ tutelæ*, sauf la restitution ; celui du mineur dont la capacité a été diminuée par son passage volontaire sous l'assistance d'un curateur, parce qu'un fidéjusseur peut très bien être admis à procurer sur ses biens propres l'effet que l'engagement du mineur, valable sous le rapport personnel, ne saurait avoir à l'égard des biens.

70. Toutefois une question se présente. Lorsque

---

(1) Mon com. des *Hypothèques*, n°s 483 et 488.

le mineur s'est fait restituer en entier, comme cette restitution est fondée sur ce qu'il a été *captus* (1), la restitution profitera-t-elle à son fidéjusseur ?

Les jurisconsultes paraissent avoir hésité sur ce point de droit. Nous voyons Ulpien décider dans la loi 51, au D., *De procurat.*, que la restitution en entier accordée au mineur pour avoir exercé le ministère de défenseur profite à ses cautions. *Quia et ipsi et fidejussoribus ejus, per in integrum restitutionem succurritur.*

Toutefois le même Ulpien examine ailleurs (2) la question, et, influencé par des circonstances particulières et par une autre tournure des faits, il lui donne une décision digne de remarque.

« Sachant qu'un individu qui veut m'emprunter de l'argent est mineur, je me refuse à lui faire confiance ; mais vous, vous venez me trouver et me donnez votre caution pour me déterminer à lui être utile. Faudra-t-il donc que vous soyez restitué à mon détriment ? Non ! *Non est æquum in necem meam subveniri.* Le préteur pèsera la faveur des deux positions, et verra celui de nous qui doit être sacrifié ; car il faut qu'il y ait une victime, puisque le mineur induit en erreur (*minor captus*) n'est tenu ni envers moi comme débiteur, ni envers vous par l'action *mandati.* Or, qu'êtes-vous ? un *mandator pecuniæ credendæ !* Vous m'avez excité à prêter ; vous

(1) *Si mutuam pecuniam accepit et captus est.* Ulp., l. 7, § 1, D., *De minorib.*

(2) L. 13, D., *De minorib.*

m'avez donné le mandat de confier mon argent. *Velut adfirmator fuit et suasor ut cum minore contraheretur.* Du reste, la solution serait moins facile si, au lieu d'être un *mandator pecuniæ credendæ*, vous êtiez un simple fidéjusseur (1). »

Voilà donc Ulpien qui ne se tire de la difficulté qu'en apercevant un mandat de payer dans la fidéjussion dont il s'occupait; le voilà qui semble hésiter lorsque la question se présente dans les termes d'un cautionnement pur.

Les scrupules d'Ulpien sont faciles à comprendre. Que le mandant, qui a plutôt donné un ordre de payer qu'une fidéjussion, soit tenu envers celui qui a prêté au mineur par son ordre, rien n'est plus évident; mais que celui qui n'a fait que se tenir dans la ligne d'un fidéjusseur ne doive pas être restitué quand le mineur l'a été pour cause de caption (*captus*), c'est ce qui est plus douteux; car, enfin, les exceptions qui profitent au débiteur principal profitent à la caution, alors qu'il s'agit d'exceptions qui enlèvent au contrat la plénitude du consentement.

Quoi qu'il en soit, la difficulté reparaît dans le code de Justinien, et les empereurs Sevère et Antonin en 195 (2), Dioclétien et Maximien en 287 (3), la résolvent d'une manière péremptoire contre le

---

(1) C'est ainsi que doivent être entendus ces mots: *faciliùs in mandatore dicendum erit.*

(2) L. 1, C., *De fidej. minor.*

(3) L. 2, C., même titre.

fidéjusseur. Ces derniers déclarent même qu'il n'y a plus à avoir de doute : « *Non est dubium.* »

71. Quelle en peut être la raison ? C'est que la caption que le préteur prend en considération pour restituer le mineur n'est pas comparable au dol caractérisé qui infecte les contrats d'un vice radical. Dans le cas de dol (Dioclétien en Maximien en font la remarque), le contrat est nul d'une nullité viscérale, et si le mineur a été victime de ce *dolum malum*, il est manifeste que sa caution sera restituée avec lui : « *Manifesti juris est utrique personæ consulendum esse.* » Mais quand le mineur n'est restitué qu'à cause de son âge, bien que le préteur ne doive pas le restituer sans connaissance de cause (1), bien qu'il soit nécessaire de trouver à la restitution un motif plausible, cependant ce motif n'est pas pris de surprises et de machinations qui suppriment le consentement. Le mineur a été libre ; on ne l'a pas circonvenu et trompé ; mais c'est lui-même qui s'est égaré par sa facilité inconsidérée : *inconsulta facilitas*, comme le disent élégamment Ulpien et Pomponius (2). Il a cru qu'une chose lui était utile, et elle lui était onéreuse. Il a cru que sa fortune lui permettait de faire telle dépense, et il était dans l'erreur sur les forces de son patrimoine. *Hoc non prospexit* (3). Il n'y a pas là un vice radical de consentement ; il n'y a qu'un défaut de conseil, de sagesse, de pru-

(1) Ulp., l. 11, § 3 et 4, D., *De minorib.*
(2) L. 11, § 4, D., *De minorib.*
(3) L. 11, § 5, D., *De minorib.*

dence, suite de son âge. C'en est assez sans doute pour venir au secours du mineur, mais non pas pour dégager le majeur qui a accédé à son obligation. Le premier ne doit qu'à un privilége personnel la protection que la loi lui accorde. Ce privilége ne doit pas s'étendre à la personne du second.

72. Restait maintenant une autre difficulté.

Quand la caution est obligée de satisfaire le débiteur principal, elle a, d'après les règles ordinaires, un recours contre le débiteur principal par l'action *mandati*. Donnera-t-on cette action à la caution contre le mineur? Si on la lui donne, le privilége qu'il tient de son âge ne serait-il pas illusoire, puisqu'il faudra qu'il paie à la caution ce que la restitution le dispense de payer au créancier principal?

A cela le remède est facile. Il faut que le mineur demande sa restitution non-seulement contre le créancier principal, mais aussi contre sa caution, et se mette par-là à l'abri de l'action *mandati* (1); mais s'il ne se fait restituer que contre l'obligation principale, sans se faire restituer contre ce qu'il doit au fidéjusseur, il faudra qu'il satisfasse ce dernier (2).

73. Nous avons cru utile de retracer ces détails, afin de montrer le sens précis de plusieurs lois romaines dont l'autorité n'est pas toujours invoquée avec l'exactitude convenable.

---

(1) Ulp., l. 13, D., *De minorib.*
Ant. et Sev., l. 1, C., *De fidejuss. minor.*
(2) L. 2, C., précitée.

Maintenant arrivons au droit français.

Malgré toutes les différences qu'il présente entre le régime de minorité suivi chez nous et celui des Romains, une idée commune reste cependant debout. C'est que l'engagement du mineur capable de discernement produit un lien naturel, et que le cautionnement peut y accéder (1). On a pensé que l'obligation prise en elle-même a toutes les conditions élémentaires de validité ; elle n'est pas dépourvue de connaissance et de consentement ; elle émane d'une personne qui a conscience de l'étendue d'un engagement. Contractée par tout autre, elle serait indestructible. Si la loi la tient pour nulle, c'est parce qu'elle craint que le mineur n'ait manqué d'expérience ; c'est parce qu'elle attache la présomption d'imprudence à des actes dans lesquels elle s'inquiète de ne pas trouver la présence du tuteur. Mais c'est là un privilége personnel et une précaution quelquefois excessive, tirée de la faveur particulière due à la minorité. Quoiqu'il puisse souvent arriver que le mineur ait contracté un engagement raisonnable, la loi, par une raison d'utilité publique, le tient pour suspect par cela seul que le tuteur ne l'a pas autorisé. Elle veut prévenir par-là l'insubordination des mineurs, les écarts de leur conduite, le danger des séductions, le mépris de la puissance tutélaire. Toutefois le mineur qui a agi avec discernement n'est pas moins engagé dans le for intérieur. Il est tenu d'un lien naturel, et quoique

(1) Pothier, *Oblig.*. n° 52, D., 382.

la loi civile consente à l'en dégager sur sa demande par un bénéfice tout personnel, ce lien n'en a pas moins une existence suffisante pour qu'un tiers puisse l'étendre jusqu'à lui. S'il est nul, ce n'est que d'une nullité relative et personnelle; ce n'est que par suite d'un privilége attaché au fait seul de minorité, et ce privilége ne passe pas hors de la personne du mineur (1).

74. Cela serait d'autant plus évident si, comme la Cour de cassation l'a jugé par un arrêt du 18 juin 1844 (2), il était vrai que les actes faits par le mineur sans l'autorisation de son tuteur sont, non pas nuls de droit, mais seulement sujets à rescision pour cause de lésion simple. Ceux qui connaissent nos doctrines sur ce sujet (3) pensent bien que nous ne saurions aller jusque-là. Cet arrêt bouleverse les idées reçues: il efface toutes les traditions les plus respectées; il brise, sur la foi de je ne sais plus quel discours de M. Bigot, ou peut-être de M. Jaubert, toute l'économie de la loi et toutes les barrières de la minorité. En un mot, les mineurs ne sont plus incapables désormais que dans certains cas particuliers où la loi a prescrit des formes spéciales de dispo-

(1) Un arrêt de la Cour de cass., du 30 nov. 1812, applique ces idées à un cas où un mineur avait donné caution pour les engagements résultant de la vente de ses biens sans formalités de justice.

(2) Devill., 44, 1, 498.

Dalloz, 44, 1, 225 (chambre civile, rejet).

(3) Voyez mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 166; et des *Hyp.*, t. 2, n° 488.

sition. Hors de là, le mineur est érigé en personne capable ; il est *suæ tutelæ !* Peu importe le tuteur et son autorité, et le respect dû à sa qualité, et la nécessité de le laisser seul maître de l'administration de la fortune du mineur ! Cela était bon autrefois ; mais aujourd'hui, de par le C. c., qui déclare le mineur incapable (1) et le soumet à un tuteur, le mineur, semblable à un émancipé, peut faire aussi bien que ce tuteur tous les actes d'administration. A la bonne heure ! voilà l'affranchissement du mineur en bon train, en attendant que nous ayons celui de la femme. Quant à moi (je le déclare), je n'ai pas encore le courage d'accepter de si dangereuses nouveautés.

75. Lorsque la caution a payé le créancier principal, a-t-elle son recours contre le mineur d'après l'art. 2028 ? Non ! à moins que le mineur ne veuille pas se prévaloir du bénéfice de minorité (2).

Toutefois, si le mineur a profité du contrat principal, la caution aura toujours son recours *in quantùm locupletior factus est.*

76. Si la restitution du mineur a pour effet de faire disparaître une qualité qu'il avait prise, que deviendront les cautionnements qu'il a donnés pour les obligations contractées par lui en cette qualité ? *Putà :* un mineur se porte héritier sans observer les formalités imposées par l'art. 776 du C. c. ; il contracte des engagements,

---

(1) Art. 1124.

(2) Textes cités au n° 72.

et un tiers les cautionne ; plus tard, il se fait restituer contre cette acceptation. Son fidéjusseur profitera-t-il de cet état de choses qui fait disparaître dans la personne du mineur la qualité d'héritier et met un autre héritier à sa place?

L'affirmative est enseignée par Scævola dans la loi 89, au D., *De acq. vel omitt. hæredit.* : « *Succurren-* » *dum est et fidejussoribus ab eo datis, si ex hæreditario* » *contractu convenirentur.* »

En effet, la qualité d'héritier a été effacée dans la personne du mineur ; elle passe sur la tête d'un autre avec tous les droits actifs et passifs de la succession. Tout se trouve donc changé d'une manière fondamentale. Il ne reste rien qui puisse soutenir l'obligation du fidéjusseur. De quoi pourraient se plaindre les créanciers de la succession? N'ont-ils pas l'intégrité de leurs actions contre le nouvel héritier en la personne duquel il se fera une dévolution de tout l'actif et le passif, de tous les droits et obligations héréditaires (1)?

M. Delvincourt a, du reste, fait toucher au doigt la différence de ce cas avec ceux dont nous nous sommes occupés aux numéros précédents. Tout à l'heure, c'était le mineur qui avait été cautionné ; ici c'est le mineur héritier. Or, dès qu'il cesse d'être héritier, le cautionnement devient sans cause, et par conséquent nul (2).

77. Quand le mineur est émancipé et que, par

---

(1) Godefroy sur cette loi, d'après Harménopule.

(2) Pothier, n° 382. V. aussi son traité de la *Communauté*, n° 730.

conséquent, sa capacité a été élargie, il devient encore plus clair que ses emprunts, ses ventes, sont valables comme obligations naturelles, quoique défectueux en droit civil, si les précautions édictées par les art. 483 et 484 du C. c. n'ont pas été suivies; par conséquent, un cautionnement peut y adhérer.

78. Il en est de même des engagements qu'il a contractés pour des achats, locations et autres actes que la loi lui permet de faire, et qu'elle autorise cependant les tribunaux à réduire lorsqu'ils sont excessifs (1). Ces engagements ne sont pas rescindables, ils sont seulement réductibles. C'est une exception purement personnelle à l'obligé qui les fait réduire. Le cautionnement n'en est pas ébranlé.

79. Je crois qu'il en serait ainsi lors même que l'engagement serait réduit à raison de la mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec le mineur. La raison en est que quand l'art. 484 parle ici de mauvaise foi, il n'entend pas faire allusion au dol caractérisé, à la fraude. Sans quoi il ne réduirait pas l'engagement, il le tiendrait pour nul. On le sait, ces expressions : *mauvaise foi*, n'ont pas toujours, en droit, un sens aussi défavorable que les mots dol et fraude. Un possesseur, par exemple, est de mauvaise foi, sans qu'on puisse lui faire le moindre reproche de dol et même d'indélicatesse. Ici, le tiers de mauvaise foi est celui qui, sans avoir commis de lésion, sans avoir exigé du mineur émancipé un prix

(1) Art. 484 C. c. Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 166.

trop élevé de ce qu'il lui a vendu ou loué, a cependant tiré parti de sa légèreté et s'est prêté à ses goûts de dépense. Rien donc n'infecte l'engagement d'un vice réel, puisque la loi ne l'annule pas. Rien n'empêche un fidéjusseur de l'étendre jusqu'à lui. La réduction qu'il subit n'est qu'une mesure de bonne administration prise en vue de l'émancipé seul, et dont le fidéjusseur ne doit pas profiter.

M. Delvincourt (1), et après lui M. Duranton (2), sont cependant d'un autre avis. Ils croient que la mauvaise foi du créancier donne à l'exception un caractère de réalité qui permet au fidéjusseur de s'en prévaloir. Ils citent les lois 7, § 1, D., *De except.*, et 2, C., *De fidejussoribus minorum* (3). Mais ce sont précisément ces lois qui se rétorquent contre eux ; car elles ne classent parmi les exceptions réelles, susceptibles d'être étendues aux fidéjusseurs, que l'exception *doli mali*, ou de violence (*quod metûs causâ*). Or, il y a loin du dol caractérisé et de la violence à cette espèce de mauvaise foi que l'art. 484 prend en considération pour réduire l'engagement et non pas pour le déclarer infecté d'un vice substantiel (4).

80. L'interdiction place le majeur dans une

---

(1) T. 3.

(2) T. 18, nº 308.

(3) M. Duranton cite la loi 2, au C., *De fidej. et mandatoribus* ; c'est une inadvertance. La seule loi dont on puisse argumenter est la loi 2, C., *De fid. minor.*

(4) *Junge* M. Ponsot, nº 63. Voyez aussi mon com. de la *Vente*, t. 1, nº 166.

position analogue à celle du mineur, et c'est pour cela que la plupart des auteurs estiment que la nullité des obligations de l'interdit est purement relative et personnelle (1).

Le droit romain nous offre à cet égard des notions qui sont, ou précieuses si on en sait faire usage, ou trompeuses si on en use sans discernement.

Suivant Ulpien, on ne peut cautionner l'engagement d'un furieux (2), et Caius en donne une raison péremptoire : *Quia negotium quidem ullum gestum intelligitur* (3). En effet, le furieux n'a pas d'intelligence ; il est privé de la conscience de ce qu'il fait. « *Non intelligit quæ agit* (4). — *Mente caret* (5). »

Voilà donc une énorme différence entre l'engagement du furieux et l'engagement du mineur. Le second produit un lien naturel ; le premier n'a aucune valeur. La jurisprudence romaine admet le cautionnement de celui-là ; elle rejette le cautionnement de celui-ci.

Mais remarquons-le bien : cette incapacité radicale du furieux ne constitue pas un état nécessairement continu. Et si le furieux a des intervalles lucides, il peut s'engager, de même qu'il peut

---

(1) M. Duranton, t. 18, n° 306.
M. Ponsot, n° 65.
M. Zachariæ, § 297, note (13).
(2) L. 6, D., *De verb. oblig.*
(3) L. 70, § 4, D., *De fidejussorib.*
(4) Just., Instit., *De inut. stipul.*
(5) *Id.*, *Quib. non est permiss. facere test.*, § 1.

tester (1). « *Per intervalla*, dit Justinien, *quæ perfec-* » *tissima sunt, nihil curatorem agere; sed ipsum posse furiosum, dùm sapit, et hæreditatem adire et* OMNIA ALIA FACERE *quæ sanis hominibus competunt* (2). » Ainsi, pendant l'intervalle lucide, la capacité revient; elle égale en plénitude celle de l'homme sain d'esprit. Les engagements sont valables non-seulement dans le droit naturel, mais même dans le droit civil.

Ces distinctions, fondées sur l'observation physiologique et psychologique, ont une autorité grave, même dans notre droit, quand on recherche si la promesse de l'interdit peut être, oui ou non, cautionnée. Si l'engagement est contracté dans un de ces moments d'aliénation mentale où le consentement ne saurait exister, qui oserait soutenir que le contrat vaut naturellement et qu'un cautionnement peut y accéder? N'est-ce pas le cas de dire avec Caius : *Nullum negotium gestum intelligitur?* A moins qu'on ne prenne la tournure suggérée par M. Delvincourt, et qui consisterait à voir dans l'engagement du fidéjusseur, non pas un engagement accessoire, mais un engagement principal, contracté *animo donandi.*

Mais si l'engagement est attaqué par la seule raison tirée du fait de l'interdiction, et qu'on puisse le placer dans un intervalle lucide, alors il sera conforme à la raison d'y voir, non pas un engage-

---

(1) Instit., *Quib. non est permissum*, § 1; l. 9, C., *Qui test. facere possunt.*

(2) L. 9, C., *De curat. furiosi et prodigi.*

ment civil, comme le permettait le droit romain (notre système sur l'interdiction s'y oppose) (1), mais du moins une obligation naturelle et susceptible d'être cautionnée. Peu importe que l'art. 502 déclare cet engagement nul de droit. Que signifient ces mots? que l'engagement doit tomber par une présomption légale, et voilà tout. Mais rien n'empêche que derrière la fiction légale il n'y ait une vérité naturelle (si je puis ainsi parler) à laquelle la fidéjussion prête son secours. En droit romain aussi l'engagement du mineur pubère pourvu d'un curateur était nul *ipso jure* si le curateur n'y avait pas consenti (2)! Et cependant quoi de plus certain que la possibilité de le soutenir par une fidéjussion?

81. Du reste, les obligations qui astreignent l'interdit par suite d'un des quasi-contrats prévus par les art. 1371 et suiv., et d'un quasi-délit, sont des engagements civils, et il est évident que le cautionnement peut les fortifier (3).

82. En ce qui concerne les femmes mariées, nous ne reviendrons pas sur la controverse de l'ancien droit français qui tenait en suspens la question de savoir si l'engagement de la femme mariée non autorisée était nul d'une nullité absolue, ou seulement d'une nullité relative (4),

---

(1) Art. 502 C. c.

(2) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 166.

(3) M. Delvincourt, *loc. cit.*
Ulp., l. 25, D., *De fidejussorib.*

(4) Mon com. des *Hypoth.*, t. 2, n° 501.

et par suite si on pouvait, oui ou non, le cautionner (1). Il est aujourd'hui reconnu que la nullité de l'obligation contractée par la femme non autorisée est purement relative (2), que cette obligation vaut comme obligation naturelle, et que le cautionnement peut y adhérer (3).

83. Nous venons de voir quelles obligations empruntent au droit naturel une force suffisante pour servir de base à un cautionnement. Nous venons de voir qu'en cette matière une obligation naturelle est une obligation valable, bien que le droit civil la tienne pour nulle en donnant au débiteur principal une exception inséparable de sa personne.

Mais quand l'exception est réelle, quand elle est foncière et qu'elle enlève à l'engagement ses éléments essentiels, il n'y a pas de cautionnement qui puisse le soutenir. Cette vérité s'est déjà trouvée plus d'une fois sous notre plume. Il nous reste à la fortifier par quelques exemples.

84. L'exception du dol et de violence tombe sur la chose même (4). Toute obligation atteinte de ce vice ne pourra donc être cautionnée; car le fidé-

---

(1) Pothier décide la négative (*Oblig.*, 52);
Domat l'affirmative.

(2) MM. Toullier, t. 7, n° 571.
Merlin, Q. de droit, v° *Hypoth.*, p. 418, col. 2, n° 5.

(3) Paris, 24 juillet 1819.
Sirey, 20, 2, 145.

(4) Ulp., l. 2, § 2, D., *De doli. except.*

jusseur aura le droit d'user de cette exception et de faire tomber l'obligation principale à laquelle il a accédé (1).

85. Une obligation contractée pour dette de jeu ou de pari n'a pas de valeur en justice (2). Le cautionnement ne peut la soutenir. S'il en était autrement, que deviendrait l'art. 1965 du C. c., qui ferme aux joueurs l'accès des tribunaux? Qu'importerait que le perdant ne fût pas obligé de payer directement au gagnant, s'il était tenu d'indemniser le fidéjusseur qui aurait payé ce même gagnant? Il est évident qu'en s'obligeant pour le joueur, le fidéjusseur ne s'est obligé que dans les mêmes conditions que lui, et sous le bénéfice des mêmes exceptions (3).

Ce que nous disons d'une dette de jeu, nous l'appliquons avec Pothier à une dette de cabaret (4).

86. Une vente infectée du vice de lésion donne lieu à une action en rescision dont l'acheteur ne saurait s'interdire l'exercice par les renonciations les plus formelles insérées dans le contrat (article 1674 C. c.). Croit-on cependant que, si un vendeur avait concédé une renonciation de ce genre, l'acheteur pût la faire valablement caution-

---

(1) Art. 520 C. de com., Paul, l. 7, § 1, D., *De except.*; l. 2, C., *De fidej. minor.*

Suprà, nos 71, 79.

(2) Mon com. du *Jeu*, nos 57 et suivants.

(3) M. Ponsot, nos 46 et 73.

(4) *Oblig.*, no 194.

ner par un fidéjusseur? Non. Supposons, en effet, que Sempronius, ait consenti à Titius pour le prix de 5,000 fr. la vente d'un immeuble qui en vaut 26,000, et que Titius, continuant à abuser de l'ascendant qu'il a pris sur Sempronius, exige de lui qu'il renonce à toute action en rescision sous peine de 10,000 fr. de dommages et intérêts. Si Tertius accède à cette renonciation et la cautionne personnellement, il ne fait rien de sérieux, rien d'utile à Titius : car une telle renonciation est contre les bonnes mœurs, et l'obligation qu'elle impose ne peut, en s'étendant jusqu'à un fidéjusseur, acquérir une force que la bonne foi et la justice lui dénient (1).

87. La vente du fonds dotal est frappée de nullité. Peut-on cependant la cautionner? Les auteurs sont partagés sur cette question (2). M. Merlin tient la négative (3). Il ne veut pas que l'acquéreur qui a eu connaissance du vice de la vente ait action contre le garant. La vente n'est pas nulle par l'effet d'une exception personnelle ; elle est affectée d'un vice inhérent à la chose même (4).

D'autres, au contraire (5), pensent que la vente du fonds dotal peut être la matière d'un caution-

---

(1) Répert. de jurisp , v° *Caution*, § 1 ; Pau, 12 janv. 1826 (Devill., 8, 2, 178).

(2) *Suprà*, n° 31.

(3) Répert., v° *Dot*, § 8, n° 5.

(4) *Junge* M. Zachariæ, t. 3, p. 151 (note 5).

(5) M. Tessier, *De la dot*, n° 689.
M. Duranton, t. 5, n° 525.
M. Ponsot, 55, 56, 57.

nement. Et je n'hésite pas à adopter cette opinion, qui, du reste, a pour elle un arrêt de la Cour de cassation du 3 août 1825 (1). L'inaliénabilité de la dot n'est fondée que sur un motif d'utilité ; elle repose sur le droit arbitraire, et non pas sur le droit naturel. Considérée en soi, la femme mariée sous le régime dotal n'est pas plus incapable de vendre son immeuble, que la femme mariée sous le régime de la communauté n'est incapable de vendre ses propres. Il n'y a dans son incapacité que des raisons de convention, justifiées, jusqu'à un certain point, par un intérêt de famille que le législateur a cru devoir respecter. Mais qui osera dire que l'aliénation du fonds dotal est si radicalement nulle qu'il n'y a pas, aux yeux de la conscience, un lien naturel pouvant servir de base à un cautionnement?

88. Au surplus, si la question pouvait paraître encore problématique à certains esprits, il y aurait moyen de les rassurer en arrivant, par le moyen de l'obligation du porte-fort, à un résultat à peu près semblable à celui que le cautionnement a pour but de procurer. Nous avons vu, en effet, ailleurs que rien n'empêche de se porter fort pour certaines conventions auxquelles le cautionnement ne peut adhérer ; celle-ci est évidemment de ce nombre (2).

89. Le fidéjusseur peut opposer, malgré le débiteur, les exceptions tirées de la convention prin-

---

(1) Devill., 8, 1, 167.

(2) *Suprà*, n° 31.

cipale (1). « *Si stipulatus essem à me, sine causâ*, dit Julianus, *et fidejussorem dedissem, et nollem eum exceptione uti, sed potiùs solvere, ut mecum mandati judicio ageret; fidejussori etiam invito me, exceptio dari debet. Interest enim ejus pecuniam retinere, potiùs quàm, solutam stipulatori, à reo repetere* (2). »

Cette décision est remarquable. Le jurisconsulte Julianus ne fait que tirer la conséquence logique d'une vérité qui revient sans cesse dans cette matière, savoir, que l'obligation acceptée par le fidéjusseur est l'obligation même du débiteur principal, étendue jusqu'à lui, avec toutes ses qualités (3) : *susceptio in se alienæ obligationis* (4). Or, puisque l'obligation est infectée de vices qui engendrent des exceptions péremptoires, ces exceptions appartiennent au fidéjusseur autant qu'au débiteur principal, et, dès lors, le débiteur principal n'est pas maître de les enlever au fidéjusseur.

90. Il suit de là que lorsque l'obligation, nulle foncièrement, est cependant susceptible de ratification, et qu'elle a été ratifiée par le débiteur principal postérieurement à la fidéjussion, cet acte de confirmation et de ratification ne nuit pas au fidéjusseur. Le débiteur principal ne saurait, par la voie détournée de la confirmation, priver le

---

(1) Marsil., n° 268.
Balde sur la loi *Tàm mandatori*, C., *De non numeratâ pecuniâ*.

(2) L. 15, D., *De fidejussor*. *Infrà*, n° 484.

(3) *Suprà*, n° 45.

(4) *Suprà*, n° 1, définition de la fidéjussion, d'après Casaregis.

fidéjusseur d'un droit qu'il est impuissant à lui enlever par son opposition formelle. Telle est la conséquence évidente de la décision de Julianus, et Godefroy n'a pas manqué de la tirer : « *Item reus* » *non potest contractum inefficacem confirmare in præju-* » *dicium fidejussoris* (1). » Cette observation rentre, du reste, dans la pensée de l'art. 1358 du Code civil, qui prive de tout effet contre les tiers les renonciations résultant de confirmation et ratification.

91. C'est pour cela que les jurisconsultes qui ont écrit sur cette matière avec connaissance de cause ont fait cette observation juste et ingénieuse, savoir : la caution est maîtresse d'opposer l'exception d'invalidité, quand même le débiteur principal ne le pourrait pas (2) ; ce qui signifie que, lorsque le débiteur principal s'est enlevé par quelque acte de renonciation, confirmation et ratification, le droit originaire d'exciper de l'invalidité de l'acte, le fidéjusseur n'en reste pas moins dans toute l'intégrité de sa position.

92. On est étonné de trouver des assertions contraires dans le discours officiel du tribun Lahary (3). Cet orateur s'est imaginé que l'erreur, le dol et la violence pouvant se couvrir, se remettre et se prescrire, le cautionnement donné à des contrats infectés de ces vices se trouve validé, si le débiteur principal les purge de leur vice originaire

---

(1) Sur la loi 15, D., *De fidejuss.*

(2) Marsil., n° 269 : « *Sed etiam potest opponere exceptionem reo competentem, quam non potest opponere ipse reus.* »

(3) Fenet, t. 15, p. 79.

et leur donne toute la force d'une obligation légale. Une telle proposition est inexcusable. Le fidéjusseur a un droit acquis à opposer le vice de l'obligation ; le fait postérieur d'un autre ne le lui enlève pas.

De même que le débiteur, en renonçant à une prescription acquise, ne nuit pas à la caution, qui reste investie du droit de se prévaloir de cette prescription (1) ; de même, sa renonciation aux moyens de dol, de fraude, de violence, et autres nullités dont l'obligation est viciée, laisse intact le droit de la caution. — La caution n'est susceptible d'être atteinte que par une renonciation provenant d'elle-même, œuvre de sa propre volonté et de son libre consentement.

93. *Quid* si le fidéjusseur avait promis de payer sans opposer d'exception ?

Une telle clause, conçue en ces termes généraux, ne s'entend que des exceptions frivoles (2) ; elle équivaut à la formule (inutile, du reste, dans notre droit) qui soumettrait le fidéjusseur à payer de bonne foi. Autrement, il n'y aurait rien de plus facile que d'éluder l'art. 2012 du Code civil. L'em-

---

(1) Mon com. de la *Prescript.*, t. 2, n° 636.
Pothier, *Obligat.*, n° 665.
Hering., c. 27, part. 4, n° 15.

(2) Hering., n° 272 : « *Et illa verba :* SINE ALIQUA EXCEPTIONE, *intelliguntur de frivolâ solùm ;* d'après Bartole, sur la loi 1, C., *De decurionib.*, et sur la loi *Si quis pro eo*, § *fin.*, D., *De fidejuss.*, et une foule d'autres, tels que Balde, Jason, Salicet, Alexandre.

ploi d'une clause de style suffirait pour faire cautionner toute espèce d'obligations nulles.

94. L'on n'aurait pas plus d'égard à une renonciation qui porterait expressément sur telle ou telle exception déterminée dont le créancier voudrait fermer la voie à la caution. La question n'est pas la même qu'au numéro précédent ; mais la solution n'en est pas moins tranchante. Un cautionnement par lequel le fidéjusseur s'interdirait l'emploi des moyens de nullité ou d'invalidité qui affectent l'obligation principale ne serait pas *susceptio in se alienæ obligationis*. Ce serait l'acceptation d'une obligation différente, ou, si l'on veut, l'acceptation d'une obligation contractée sous des conditions plus onéreuses. Or, c'est là ce que repousse l'essence du cautionnement; c'est ce que défend l'art. 2013 du Code civil (1).

Qu'on ne croie pas, du reste, que ces vérités fussent affaiblies par la circonstance que le fidéjusseur aurait connu positivement l'état d'invalidité de l'obligation principale. Sa connaissance personnelle n'est d'aucune considération ; elle ne peut empêcher que l'obligation à laquelle il accède ne soit insoutenable ; elle ne peut faire que son obligation accessoire soit d'une autre condition que cette obligation principale. Nulle en la personne du débiteur principal, l'obligation que le fidéjusseur a acceptée comme sienne est nulle, aussi, en sa propre personne ; et, en s'étendant jusqu'à lui,

(1) *Infrà*, nos 107 et 484.

son vice intrinsèque et foncier l'accompagne partout (1). Quand la législation romaine permettait au fidéjusseur d'une femme d'exciper du sénatusconsulte Velléien (2), elle supposait sans aucun doute que ce fidéjusseur n'avait pas ignoré la loi d'ordre public qui défendait aux femmes de s'obliger pour autrui. Et cependant elle n'hésitait pas à déclarer le cautionnement sans effet ! ! Elle le déclarait tel alors même que le fidéjusseur n'aurait fait qu'obéir à un mandat de la femme, et qu'il y avait par conséquent accord entre elle et lui (3).

95. J'avoue cependant que ce tiers officieux, qui a pris la voie inutile du cautionnement, aurait pu arriver à un résultat plus sûr pour le créancier en se portant fort pour le débiteur et en promettant de rapporter la ratification de ce dernier ; mais, nous l'avons expliqué ailleurs (4), l'obligation de celui qui se porte fort a des caractères autres que le cautionnement. Elle a ses règles propres, ses conditions particulières. Il ne faut pas troubler l'harmonie des contrats en important dans l'un des règles et des conditions qui appartiennent à un autre.

---

(1) *Suprà*, n° 30.
(2) *Suprà*, n° 46.
(3) Diocl. et Maxim., l. 15, C., *Ad. senat. Velleian.*
(4) *Suprà*, n°s 29, 30.

Article 2013.

Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

SOMMAIRE.

96. L'obligation du fidéjusseur est la même que celle du débiteur principal.
97. Les Romains avaient exagéré cette idée. Équité du droit français. Quand l'obligation du fidéjusseur est plus dure, il la réduit.
98. A quelles circonstances faut-il avoir égard pour apprécier l'excès de l'obligation du fidéjusseur?
99. De l'excès dans *la quantité*.
100. Suite.
101. Suite.
102. De l'excès dans le *temps*, et, par exemple, du cas où le fidéjusseur s'est obligé à payer dans un temps plus court que le débiteur principal.
103. Suite.
104. De l'excès par rapport au *lieu*.
105. Suite.
106. De l'excès dans les *conditions* et *modalités*.
107. Nullité du pacte de ne pas faire valoir les exceptions attachées à l'obligation principale.

108. Cependant le lien de la caution peut être plus étroit, et plus efficace dans les moyens d'exécution.
109. Suite.
110. Suite.
111. Conséquences inadmissibles du système contraire.
112. Suite.
113. Suite.
114. Le fidéjusseur peut-il se soumettre à la contrainte par corps, lorsque le débiteur principal n'y est pas soumis?
115. Suite.
116. Le fidéjusseur n'est pas censé obligé *in duriorem causam* parce qu'il ne peut opposer des exceptions personnelles qui compètent au débiteur principal.
117. Le fidéjusseur peut s'obliger à de moins dures conditions que le débiteur principal : *in mitiorem causam.*
118. Suite.
119. Dans le doute, on règle le cautionnement sur l'obligation principale.
120. Le fidéjusseur ne peut s'obliger à autre chose que le débiteur principal.
121. Exemple.
122. Suite.
123. Autre exemple.
124. Suite.
125. Autre exemple.
126. Suite.
127. Dans le doute, on adopte une interprétation favorable à la conformité des deux obligations du débiteur principal et du fidéjusseur.
Espèce donnée par Casaregis.

COMMENTAIRE.

96. L'obligation du fidéjusseur, ainsi que nous l'avons souvent énoncé, n'est que l'obligation même du débiteur principal étendue jusqu'à lui

par un effet de sa volonté (1). La limite naturelle de l'obligation du fidéjusseur est donc dans l'obligation principale. Et partant, elle ne saurait être plus étendue que celle-ci, sans quoi ce serait une autre obligation ; ce ne serait pas la *susceptio in se alienæ obligationis*, vrai caractère de la fidéjussion (2).

97. Les Romains avaient tiré de cette vérité des conséquences inflexibles. Ulpien nous apprend, en effet, que si l'obligation du fidéjusseur était plus dure que l'obligation principale, elle était nulle pour le tout : « *Illud commune est in omnibus qui pro aliis obligantur, quòd si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omninò non obligari* (3). »

Je dis pour le tout, quoique Dumoulin ait essayé de prouver le contraire. Mais, dans cette tentative, Dumoulin s'éloignait autant de la lettre que de l'esprit de la jurisprudence romaine. De la lettre, car elle est positive, et la nullité totale est plusieurs fois prononcée par Ulpien.

De l'esprit, car combien de fois cet esprit formaliste n'a-t-il pas sacrifié l'équité à la logique?

Pothier, qui appliqua les lois romaines avec un sage éclectisme, maintint, en homme sincère, le

---

(1) Emerigon, *Assurances*, t. 2, p. 531.
Pothier, *Oblig.*, n° 404.
Casaregis, *disc.* 63.

(2) *Suprà*, n° 46.

(3) L. 8, § 6, D., *De fidejuss.* V. Fachin, 8, *controv.* 51, et Hering., c. 24, n°s 53, 54.

sens littéral des textes, et montra en même temps que les tendances équitables de notre droit ne lui permettaient pas de l'importer chez nous (1). Il ne faut pas, en effet, conduire jusqu'à l'exagération les conséquences d'un principe. Que l'obligation du fidéjusseur ne puisse pas être plus dure que celle du débiteur principal, c'est là une vérité que nul ne saurait vouloir affaiblir ni éluder. Mais c'est assez faire pour elle que de réduire l'obligation excessive du fidéjusseur à la mesure de l'obligation principale. Tel est le parti que les Romains eux-mêmes avaient sagement pris dans le cas de pacte *constitutæ pecuniæ*. Ce pacte, qui avait avec la caution quelques rapports remarquables (2), ne pouvait obliger le débiteur à payer plus que ce qui était dû. Si cependant le débiteur s'était obligé à une plus forte somme, on réduisait l'obligation à la somme réellement due (3).

Eh bien! l'équité ne permet pas de prendre un autre parti en matière de cautionnement. Détruire l'obligation excessive au lieu de la réduire, ce serait dépasser le but.

98. L'excès dans l'obligation du fidéjusseur s'apprécie eu égard à la quantité, au temps, au lieu, à la condition, au mode (4).

---

(1) *Junge* Hering., c. 24, n° 65.

(2) *Suprà*, n° 34.

(3) Ulp, l. 11, § 11, D., *De pecuniâ constit.*

(4) Ulp., l. 8, § 7, D., *De fidejuss.*
Pothier, n° 371.
Cujas, 10, *observat.* 24.
Hering., ch. 24, n° 43.

99. En ce qui concerne la quantité, il est clair que si le débiteur principal s'est obligé à 1,000 seulement, le fidéjusseur qui se sera obligé à 2,000 ne sera tenu que pour 1,000.

100. Quelquefois la dette n'est pas liquide et le fidéjusseur s'oblige, lui, à payer une somme liquide, par exemple, 2,000. Si, par l'effet de la liquidation, il est reconnu que le débiteur ne doit que 1,500 le fidéjusseur ne devra que 1,500. On suppose que le *maximum* de 2,000 n'a été fixé que dans l'intérêt de la caution, afin qu'elle ne fût pas redevable de plus forte somme dans le cas où la liquidation en aurait mis une plus élevée à la charge du débiteur (1). Cette interprétation, quoique favorable, n'a rien de forcé. D'ailleurs, dans le doute, on présume toujours que la fidéjussion n'a pas voulu s'écarter de sa nature d'accessoire en établissant une différence entre elle et l'obligation principale. *In dubio semper interpretari debet tanquàm conformis principali obligationi.* Telle est la règle donnée par Casaregis, d'après plusieurs autres docteurs (2).

101. Pierre doit 1,000 qui viennent demain à échéance; il ne peut les payer : je le cautionne, et, pour obtenir de son créancier un délai d'un an, je promets que je paierai 1,050. Ce pacte est valable, et voici pourquoi : la somme de 1,050, à laquelle je me suis engagé, se compose de deux éléments : 1° la somme de 1,000 qui

(1) Pothier, n° 371.

(2) *Disc.* 63, n°s 5, 6. *Infrà*, n°s 127, 286.

est celle que Pierre doit et que j'ai promis de payer pour lui le cas échéant; 2° la somme de 50 que j'ai promis de payer au créancier. Quoique Pierre ne la doive pas, je ne serai pas moins obligé de la payer, non pas, à la vérité, à titre de cautionnement, mais comme porte-fort. En ce point particulier, je n'ai pas cautionné Pierre; j'ai contracté une obligation principale de porte-fort. J'ai promis que s'il n'acceptait pas l'obligation de payer 50 d'intérêt pour prix du délai accordé, ce serait moi qui les paierais au créancier (1). C'est en ce sens, mais en ce sens seulement, qu'on peut accepter l'opinion de Marsili qui enseigne que le fidéjusseur peut être obligé à payer des intérêts lorsque le débiteur principal n'y est pas astreint : « *Secùs autem quoàd accessoria, ut usuras. Nam potest fidejussor ad hoc obligari ultra quàm sit obligatus principalis* (2). »

102. En ce qui concerne le temps, c'était une question, parmi les interprètes du droit romain et parmi nos anciens auteurs, que de savoir si la caution pouvait s'obliger à payer dans un terme plus court. Accurse soutenait qu'elle ne le pouvait. Cujas, au contraire, voulait qu'on ne fît aucune différence à cet égard entre la caution et le tiers débiteur par

---

(1) M. Ponsot, n° 95.

(2) N° 291. Il cite une foule d'auteurs, la glose, Angelus, Imola, Balde (sur la loi *Si pro eâ*, C., *Mandati*, q. 5); Jason (sur la loi 2, § *fin.*, D., *Qui satisdare cog.*); Bartole sur la loi *Centum Capuæ*, D. (*De eo quod certo loco*); Paul de Castro sur la l. 2, § *fin.*, D., *Qui satisd. cog.*

le pacte *constitutæ pecuniæ* (1). Et il tirait parti de ce que nul texte prohibitif ne se trouve, sur ce point, dans les livres du droit romain.

Pothier se range au sentiment d'Accurse. Il suffit que les lois disent, en général, que le fidéjusseur ne peut pas s'obliger *in duriorem causam*, pour qu'on en doive conclure qu'il ne peut s'obliger à payer dans un temps plus court (2). D'ailleurs, la loi 16, § 5, D., *De fidejuss.*, pourrait bien répondre péremptoirement au défi de Cujas.

Quoi qu'il en soit, en présence de l'art. 2013, nul doute ne saurait plus exister. La caution qui s'obligerait à payer dans huit jours, lorsque le débiteur principal a deux ans pour s'acquitter, cette caution, disons-nous, s'obligerait plus durement, elle s'obligerait sous des conditions plus onéreuses. Il faudrait ramener l'obligation du fidéjusseur à la mesure de l'obligation principale.

103. Mais le pacte ne pourrait-il pas valoir comme pacte *constitutæ pecuniæ?* Cela dépendrait des circonstances. On ne peut arbitrairement convertir un contrat en un autre contrat; si les parties ont voulu faire un cautionnement, leur volonté ne doit pas être torturée. Il faudrait laisser à l'acte le nom de cautionnement et lui en faire subir la loi.

Mais si l'on s'apercevait que les parties ont

---

(1) Sur la loi 4, D., *De constit. pecun.* (lib. 29, *Pauli ad edict.*).

(2) Dissert. sur le pacte *constit. pecun.*, n° 19;
Et *Oblig.*, n° 373.

entendu faire une modification ou un changement à la première obligation, on pourra prêter force à la convention comme pacte *constitutæ pecuniæ* (1). En soi, il n'est pas défendu à un tiers d'intervenir en connaissance de cause, et de déclarer qu'il veut payer dans huit jours ce que Titius doit dans un an.

104. Le lieu du paiement est aussi à considérer. Si la caution s'oblige à payer dans un lieu plus éloigné que le lieu porté dans l'obligation principale, elle peut profiter de la condition moins onéreuse de payer au même lieu que le principal débiteur (2).

105. Dans le pacte *constitutæ pecuniæ*, il en est autrement (3). Un tiers peut intervenir et promettre au créancier de payer la somme due en un autre lieu plus commode pour lui, créancier, moins commode pour lui, tiers. Et si ce pacte est consenti avec réflexion et connaissance de cause, il doit être respecté. Mais on n'en transportera pas les effets dans le contrat qui ne sera qu'un vrai cautionnement; on n'en fera pas supporter la dureté à celui qui n'a entendu être qu'un simple fidéjusseur.

106. L'excès dans l'obligation du fidéjusseur n'est pas plus permise quand il provient de con-

---

(1) M. Ponsot, n° 102.

(2) Pothier, n° 374.

L. 16, § 1 et 2, D., *De fidej.* (Julianus).

(3) *Suprà*, n° 34.

ditions et modalités qui la rendent plus dure (1).

Ainsi, supposez que le débiteur s'oblige à payer tant si tel vaisseau arrive dans huit jours : le fidéjusseur aura excédé le justes bornes s'il a promis de payer si tel vaisseau arrive dans un an.

107. Ainsi, encore, nous avons dit ci-dessus que le fidéjusseur ne peut s'obliger à la condition de ne pas faire valoir les exceptions péremptoires et réelles qui sont attachées à l'obligation principale (2).

Ainsi, encore, lorsque l'obligation principale porte que la somme due à François sera payée à Jacques, en son domicile, le fidéjusseur ne s'oblige pas d'une manière valable à la payer à Jacques, à François et à Simon, qui ont trois domiciles différents et éloignés dans Paris.

108. Mais quand nous disons que le fidéjusseur ne peut s'obliger sous des conditions plus onéreuses que le débiteur principal, ceci ne doit-il pas s'entendre de ce qui est l'objet même de l'obligation (3), ou, comme dit Marsili, du fait principal : *Hanc tamen regulam limita et intellige eam esse veram quoàd factum principale* (4)? N'en est-il pas autrement des accessoires de l'obligation : *secùs*, dit le même auteur, *quoàd accessoria?* Le lien de la caution, pourvu

---

(1) Paul, l. 34, D., *De fidejuss.*
Ulp., l. 8, §§ 7 et 8, D., *De fidej.*
(2) *Suprà*, n° 93.
Infrà, n° 484.
(3) Pothier, n° 377.
(4) N° 291.

qu'il soit le même que celui de l'obligé principal, peut-il être plus étroit, plus efficace dans les moyens d'exécution?

Les anciens auteurs ont universellement pensé l'affirmative (1).

Ainsi, suivant eux, la caution peut donner une hypothèque pour sûreté de son obligation, quoique le débiteur principal n'en doive pas (2); car rien ne défend qu'elle s'oblige *efficaciùs* (3).

Elle peut être obligée sous une peine plus grave (4). Une caution judiciaire est contraignable par corps, quoique le débiteur principal n'y soit pas sujet, par exemple, si c'est un mineur, une femme, etc. (5). Être obligé sous une peine plus sévère ce n'est pas être obligé par un lien différent, c'est être obligé par un lien plus efficace, et rien n'empêche la caution d'être tenue *efficaciùs*.

109. Ce système a-t-il été adopté ou proscrit par notre article?

Le doute vient de ce qu'il s'oppose formelle-

---

(1) V. ci-dessus, n° 101 (à la note), et Hering., c. 24, n° 111.

(2) Marsili, n° 293.
Bartole, sur la loi *Hi qui*, D., *De fidej.*
Alexandre sur cette loi.
M. Zachariæ, t. 3, p. 150 (note 3).

(3) Marsili, n° 294.
Balde sur la loi *Si ultrà*, C., *De fidej.*

(4) *Sub majori pœnâ* (Marsili, n°s 291 et 292).
Balde sur la loi *Qui ut crimen*, C.., *De his qui accus. non possunt*, q. 9.

(5) Pothier, n° 377, art. 2060, *infrà.*

ment à ce que le cautionnement soit contracté sous des conditions plus onéreuses que l'obligation principale. L'art. 2011, peut-on dire, a commencé par faire de l'identité d'obligation un principe fondamental en matière de cautionnement. Puis ce principe a été expliqué par l'art. 2013. Pour le maintenir dans toute son étendue, l'art. 2013 déclare : 1° que le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal; 2° qu'il ne peut être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il y a dans cette disposition deux parties distinctes qu'on doit se garder de confondre. Essayons de les décomposer. Le premier membre de la prohibition embrasse tous les cas d'excès; il n'a pas seulement en vue la quantité. La dette s'estime *quantitate*, *tempore*, *loco*, *conditione et modo* (1). Toutes les fois qu'il y a excès, même en ce qui concerne le lieu, le temps, la condition, le mode, le cautionnement *excède ce qui est dû*, il doit être réduit. Ce premier membre comprend donc tous les cas que nous avons énumérés aux n° 98 à 108 inclusivement; il comprend par conséquent les conditions plus onéreuses qui aggravent l'obligation même et ajoutent à la dureté du fait principal.

Maintenant, dans le second membre de la prohibition nous voyons reparaître la mention des conditions plus onéreuses. Est-ce un pléonasme? Non! Les conditions plus onéreuses dont il est ici question ne sont pas celles qui aggravent l'obligation même et font que la caution doit quel-

(1) *Suprà*, n° 98.

que chose de plus que le débiteur principal. Ce sont celles qui portent sur *l'exécution*, et soumettent le fidéjusseur à des moyens de contrainte plus sévères, plus onéreux.

La preuve en est que lorsqu'il s'est agi au conseil d'État de savoir si le fidéjusseur peut se soumettre à la contrainte par corps quand le débiteur en est exempt, la négative a été unanimement décidée. Et M. Treilhard, dans son exposé des motifs, a dit : « Comment la caution serait-elle contraignable par corps quand le débiteur principal lui-même ne serait pas soumis à cette *exécution rigoureuse* (1) ? » C'est cette pensée que le conseil d'État a voulu exprimer par cette phrase : « *Ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.* » Ces conditions rigoureuses sont donc celles qui touchent à *l'exécution*, et non plus celles qui touchent au fait même, à l'obligation principale. Et puisque l'exécution ne doit pas être plus rigoureuse contre la caution que contre le débiteur principal, il s'ensuit qu'il faut rejeter sous le C. c. le système qui veut que le fidéjusseur puisse s'obliger *efficaciùs*, se soumettre à des peines plus graves, à la contrainte par corps, quand le débiteur principal n'y est pas soumis, à l'hypothèque quand le débiteur principal n'en a pas promis, etc.

110. Ce raisonnement, quoique spécieux, n'est pas solide ; il tient trop de compte des mots, et prête à l'art. 2013 un calcul qu'il n'a pas eu.

---

(1) Fenet, t. 15, p. 38.

L'ancienne jurisprudence avait des raisons si graves pour distinguer l'obligation même de l'exécution de cette obligation, qu'il ne faut pas facilement supposer que le C. c. a voulu s'en écarter. Le point capital en cette matière, c'est que le fidéjusseur ne doit pas promettre plus que n'a promis le débiteur principal; c'est que le créancier ne doit pas recevoir du fidéjusseur plus que ce que le débiteur principal lui a promis. Mais, toutes les fois que l'on rencontre l'*idem fide meâ esse jubeo*, l'essence du cautionnement est respectée, et il importe peu que cet *idem* soit poursuivi par des moyens plus rigoureux contre la caution que contre le débiteur principal, et que la caution ait donné des sûretés accessoires que n'a pas données l'obligé principal (1).

111. S'il en était autrement, il faudrait donc admettre que le fidéjusseur ne peut pas donner hypothèque dans le cas où la dette principale a été contractée par acte sous seing privé!! Et qui oserait soutenir une telle opinion? L'hypothèque n'augmente en rien l'étendue de l'obligation; elle ne fait pas que le créancier de 1,000, par exemple, puisse recevoir de la caution 1,050. Elle n'est qu'une sûreté accessoire, et non une aggravation de ce qui est dû. Est-ce que le fidéjusseur, s'il ne paie pas, ne sera pas condamné à payer par jugement? Et, s'il subit cette condamnation, est-ce que l'hypo-

---

(1) M. Duranton, t. 18, n° 311, d'après M. Delvincourt. M. Zachariæ, t. 3, p. 150, note (3).

thèque judiciaire ne viendra pas frapper de plein droit sur tous ses biens? Supposez cependant que l'obligé principal n'ait pas d'immeubles? Ne voilà-t-il pas nécessairement, forcément, le fidéjusseur astreint sous l'hypothèque de ses biens, tandis que le débiteur principal ne doit pas d'hypothèque? Si un tel résultat peut être obtenu après coup, pourquoi la disparité ne pourrait-elle pas être établie au moment où les engagements se contractent (1)?

112. Vous voulez que l'exécution soit la même contre le fidéjusseur que contre le débiteur principal. Mais quand le débiteur principal ne possède pas d'immeubles et que le fidéjusseur en a, vous ne voulez donc pas qu'on puisse saisir réellement ce dernier?

113. Jusqu'à présent, je crois que les objections que je réfute ne sont pas de nature à produire une grande impression. On touche au doigt leur faiblesse ou leur exagération.

En ce qui touche les peines dont l'ancienne jurisprudence entendait que la caution pût être atteinte, sans qu'elles frappassent le débiteur principal, il faut s'entendre.

Il y a des clauses pénales qui se traduisent en une somme à payer. Si de telles clauses sont imposées à la caution sans l'être expressément ou implicitement à l'obligé principal, il faut les rayer ou les réduire. Par exemple, je prête ma voiture à Titius pour qu'il me la rende dans un an après son

---

(1) Hering., cap. 24, nos 112, 113.

voyage de Rome; sinon il me paiera 1,000 fr., et j'exige de Mævius sa caution, qu'il s'engage à me payer 2,000 fr. Cette clause pénale est excessive; elle doit subir une réduction.

En un mot, toute clause pénale qui fait entrer dans les mains du créancier quelque chose de plus que ce que l'obligé principal a promis, pèche par excès. Ce ne sont pas de telles clauses pénales que l'ancienne jurisprudence permettait d'imposer au fidéjusseur.

114. Mais il y a d'autres peines qui n'ont trait qu'à l'exécution. Telle est la contrainte par corps qui, dans le Code de tous les peuples civilisés, a été considérée autant comme une voie d'exécution que comme une peine. Le sacrifice de la liberté a toujours un caractère pénal (1). Or, la caution peut-elle être contraignable par corps lorsque le débiteur principal ne l'est pas? Sans aucun doute; et les art. 2040, 2060, nous permettent de reproduire sous le Code civil l'exemple donné dans l'ancienne jurisprudence par Pothier (2).

115. Toute la difficulté consiste à savoir si ce que les art. 2040 et 2060 ont accepté et reconnu pour les cautions judiciaires peut avoir lieu pour les autres cautions, et si le créancier peut stipuler que la caution sera passible de contrainte par corps lorsque rien de pareil n'a été exigé du débiteur principal.

Or, là-dessus il y a un texte formel, c'est l'art.

---

(1) *Infrà*, n° 169.

(2) N° 377.

2060. Il ne permet à la caution de se soumettre par convention à la contrainte par corps qu'autant que le débiteur principal est lui-même contraignable par corps. La faveur de la liberté est assez grande pour qu'on conçoive facilement cette indulgence de l'art. 2060. Mais c'est là un cas particulier ; c'est une situation exceptionnelle dont les règles spéciales ne doivent pas servir d'argument pour restreindre l'art. 2013 du Code civil au delà de ce qui la concerne (1).

Remarquez, du reste, que Pothier n'a rien enseigné de contraire, et je ne sais si l'on peut dire que notre ancien droit se trouve ici en défaut. Pothier, en effet, ne disait pas que le fidéjusseur pouvait se soumettre volontairement à la contrainte par corps lorsque le débiteur principal n'y était pas assujéti ; il n'énonce qu'une chose : c'est que la caution *judiciaire* (il ne parle que de celle-là) est contraignable par corps quoique le débiteur principal ne le soit pas ; et les art. 2040 et 2060 du C. c. confirment (nous le répétons) cet exemple de la possibilité d'une caution, tenue dans l'exécution plus durement que le débiteur principal, et soumise à une peine dont celui-ci est exempt (2).

116. Quoi qu'il en soit, tout le monde est d'ac-

---

(1) M. Ponsot, n° 109.

(2) Je dois dire cependant que Hering. enseignait d'une manière générale que le fidéjusseur pouvait s'obliger à la contrainte par corps pour le débiteur simplement obligé (c. 24, n° 114.)

Junge Emerigon, t. 2, p. 531.

cord pour reconnaître que le cautionnement de l'obligation d'un mineur et autres personnes frappées d'une incapacité relative ne place pas le fidéjusseur *in duriorem causam*, bien que l'obligé principal puisse échapper par son privilége personnel à l'engagement qui retombe alors de tout son poids sur le fidéjusseur (1). L'obligation existe pour l'incapable et le fidéjusseur. Si l'incapable trouve moyen d'y échapper par des moyens civils qui lui sont propres, il ne s'ensuit pas que le fidéjusseur ait contracté des engagements sous des conditions plus onéreuses (2).

117. Venons maintenant à un autre point de vue dont s'est occupé notre article.

Il permet à la caution de s'obliger pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins onéreuses. C'est la doctrine d'Ulpien : *In leviorem planè causam accipi possunt* (3). La raison en est que la partie est comprise dans le tout, et que, partant, lors même que le fidéjusseur n'accepte l'obligation que partiellement, il adhère toujours à ce que doit le débiteur.

Ainsi, il pourra s'obliger à payer 1,000 quand

---

(1) Pothier, n° 377.
Marsili, n° 292.
Ulp., l. 13, *De minorib.*
L. 1, C., *De fidej. minorib.*
(2) *Suprà*, n°s 52 et suiv.
(3) L. 8, § 7, D., *De fidejuss.*
Hering., c. 24, n°s 109, 110.

le débiteur principal doit payer 3,000. *Propter quòd in minorem summam rectè fidejussor accipitur* (1).

Ainsi, si Titius s'est obligé à me livrer un héritage, Sempronius peut le cautionner pour l'usufruit de cet héritage; car cet usufruit est une partie de ce qui doit m'être livré (2).

Ainsi encore, le débiteur principal étant obligé purement et simplement, le fidéjusseur pourra s'obliger avec un terme, sous une condition (3).

118. En un mot, si la position de la caution ne saurait être plus dure, elle peut être meilleure. Le cautionnement est en soi un contrat de bienfaisance, et l'on ne comprend pas que celui qui rend service à un autre, dans une affaire dont l'intérêt n'est pas pour lui, soit plus sévèrement tenu que le véritable intéressé; mais l'on comprend qu'il puisse être tenu plus légèrement et qu'il n'entre que pour partie ou à des conditions plus douces dans cet agissement dont il ne retire pas de profit.

119. Dans le doute sur le sens du cautionne-

---

(1) Ulp., *loc. cit.*
Pomp., l. 9, D., *De fidej.*
Infrà, n° 247.
Caius, l. 70, § 2, D., *De fidej.*
Inst., *De fidej.*, § 5.
Caius, 111, *com.* 126.

(2) Caius, l. 70, § 2, D., *De fidej.*
Pothier, n° 370.

(3) Ulp., *loc. cit.*
Inst., *De fidej.*, § 5.
Caius, 111, 126.

ment, on ne le tient ni pour moins étendu, ni pour plus sévère que l'engagement principal. On en règle la portée sur cet engagement dont, en sa qualité d'accessoire, il est censé avoir voulu suivre la nature, le but, l'étendue et les moyens (1). C'est ce qui fait dire à Hering (2) : « *Tùm utiquè in omnem » causam accessisse videtur, cùm hoc fidejussionis quasi » sit proprium* (3). »

120. Nous venons de voir que le fidéjusseur ne peut s'obliger plus durement que le débiteur principal. Nous avons vu aussi qu'il s'oblige valablement à quelque chose de moins que ce que doit le débiteur principal.

Nous devons maintenant montrer qu'il ne peut s'obliger à autre chose; ce corollaire des art. 2011 et 2012 complète le commentaire de l'art. 2013.

Si le fidéjusseur s'obligeait à une chose autre que la chose promise par le débiteur principal, ce ne serait plus l'obligation de ce débiteur étendue au fidéjusseur (4), ce serait une autre obligation; l'essence du cautionnement manquerait.

121. Javolenus donne cet exemple qui montre la rigueur des jurisconsultes romains dans l'application de ce principe (5).

Titius a prêté 10 à Sempronius, et Mævius s'est

---

(1) *Suprà*, n° 100.
Infrà, n° 127.
(2) C. 24, n° 110.
(3) *Junge* Casaregis, *disc.* 62.
Infrà, n° 127.
(4) *Suprà*, n°s 21, 29, 45, art. 2011.
(5) L. 42, D., *De fidej.*

obligé, comme fidéjusseur, à payer à Titius mille mesures de froment. Ce cautionnement n'est pas bon, dit Javolenus ; *non obligatur fidejussor;* car le fidéjusseur ne peut s'obliger à payer une chose différente de celle qui est due par le débiteur principal. « *In aliam rem quàm quæ creâita est fidejussor obligari non potest.* On estime les choses marchandes par de l'argent, mais on n'estime pas l'argent par des choses marchandes. « Non, *ut æstimatio rerum quæ merces numero habentur, in pecuniâ numeratâ fieri potest, ita pecunia quoque æstimanda est* (1). »

122. Cependant une telle obligation ne pourrait-elle pas valoir comme pacte *constitutæ pecuniæ* (2) ? Oui, si l'intention des parties se prête à cette conversion. Non, si elles ont entendu faire un vrai cautionnement.

123. Autre exemple :

Titius s'est obligé à livrer un cheval. Peut-on stipuler que le fidéjusseur paiera ce cheval ou 10 ? Non, disent Ulpien, Julianus et Marcellus ; il est obligé à autre chose (3).

124. Il en serait autrement si cette somme de 10 n'avait été stipulée dans l'obligation du fidéjusseur qu'à titre de dommages et intérêts, équitablement arbitrés dans l'intérêt de la caution (4), pour le

---

(1) *Junge* Pothier, n° 369.
(2) *Suprà*, n° 34.
(3) L. 8, § 8, D., *De fidej.*
(4) *Suprà*, n° 100.

cas où le cheval ne serait pas payé par la faute du débiteur principal (1).

125. Mais ce n'est pas à un cas de cette espèce que font allusion Ulpien, Julianus et Marcellus; ils supposent que les 10 ne sont pas dus à titre de dommages et intérêts; ils supposent que cette somme est due principalement et alternativement; de telle sorte que si le cheval n'est pas payé parce qu'il meurt de force majeure, la caution doive payer ces 10 auxquels le débiteur principal n'est pas engagé, puisqu'il n'a promis que le cheval et qu'il est délié de son obligation par la mort de cet animal (2).

126. Toutefois on verra si un tel pacte, nul comme cautionnement, ne peut pas valoir comme pacte *constitutæ pecuniæ*.

127. Lorsqu'il s'élève du doute sur le sens de la promesse du fidéjusseur, on ne suppose pas facilement qu'elle diffère de l'obligation principale. Au contraire. A moins qu'il ne soit prouvé clairement qu'elle porte sur une autre chose, on présume qu'elle a été conçue dans une pensée de conformité à l'obligation principale.

C'est ce qu'enseigne doctement Casaregis (3), en rapportant l'espèce que voici :

Bernard Seniè et compagnie avaient prêté, à intérêt maritime de 14 p. 100, 2,000 pièces au capitaine Laurent Martinengo, pour un voyage de

(1) *Suprà*, n° 50.
(3) Marsili, n° 294.
(3) *Disc.* 62 et 63.

Livourne à Cagliari et à Amsterdam, et retour; Martinengo promit de rendre cette somme avec les intérêts dans les dix jours de son heureux retour à Livourne, et il obligea spécialement à la sûreté de son obligation ses marchandises à charger. De plus, il donna les sieurs Filiberti pour caution au sieur Bernard Seniè et compagnie. Les Filiberti s'obligèrent dans la même journée par un écrit particulier, dans lequel ils déclarèrent garantir les 2,000 pièces prêtées à grosse aventure à Martinengo sur son bâtiment : *sopra sua nave.*

A son retour de Hollande, pendant qu'il faisait voile vers Livourne, le navire naufragea sur les côtes de France, par la faute des gens de l'équipage. Il n'était chargé que d'une petite quantité de fromage d'une valeur bien inférieure aux 2,000 pièces que le capitaine avait reçues de la maison Seniè.

En fait, il était constant que le capitaine Martinengo ne s'était pas servi des 2,000 pièces. Il disait qu'il les avait laissées aux sieurs Filiberti avec ordre de les lui envoyer à Amsterdam s'il en avait besoin, mais que le besoin ne s'était pas fait sentir.

Le sinistre avait tous les caractères d'une fraude. Les circonstances de la cause, le non-emploi des fonds, l'exiguité du chargement, tout en un mot établissait que Martinengo avait ourdi une machination dolosive pour faire gain des 2,000 pièces.

Il demeurait donc obligé à les restituer à la maison Seniè et compagnie : celle-ci mit en cause les cautions.

Les sieurs Filiberti, pour se dégager du recours

exercé contre eux pour la réalisation des 2,000 pièces ainsi que pour les intérêts, prétendirent que leur fidéjussion était différente de l'obligation souscrite par le capitaine ; car le prêt maritime contracté par ce dernier l'avait été sur les marchandises à charger sur le bâtiment, tandis que la fidéjussion n'avait trait qu'à un prêt maritime contracté par le capitaine sur le corps du navire seulement. Ils argumentaient de ces paroles de leur fidéjussion :

« Signori Seniè, per le pezze due mila, che *in* » *questo giorno avete dato* al capitano Lorenzo Marti- » nengo *à cambio maritimo* SOPRA LA SUE NAVE. »

Casaregis examine cette prétention dans son discours 63. Il la réfute.

Le fidéjusseur est censé avoir voulu s'obliger pour la même cause, la même obligation et le même agissement que le débiteur principal, *pro eâdem causa sive contractu gesto à debitore principali* (1). Il cite Ant. Hering dans son traité *De fidejussor.* (2), qui soutient savamment, à sa manière, que l'étendue de la fidéjussion doit s'interpréter *ad tenorem principalis præcedentis obligationis.*

Le cautionnement des Filiberti a été donné le jour même du contrat passé par Martinengo, et presque incontinent ; n'est-il pas présumable qu'on a voulu lui donner la même portée (3) ? Le voisinage des actes conduit à l'identité.

Il résulte d'ailleurs de l'acte même de fidéjussion

---

(1) Nos 2 et 3.

(2) C. 10, nos 55 à 62.

(3) No 6.

que les Filiberti n'ont pas ignoré toute la substance du contrat principal ; ils ont su que le prêt était fait sur marchandises.

Or, on ne peut croire qu'ils aient voulu faire une fidéjussion nulle; puisqu'ils ont cautionné, c'est qu'ils ont entendu le faire sérieusement et utilement (1).

D'ailleurs ces mots, *sopra la nave*, peuvent très bien être pris comme synonymes du contenu, et non pas comme taxativement restreints au contenant.

Article 2014.

On peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu.

On peut aussi se rendre caution, non-seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné.

SOMMAIRE.

128. Le cautionnement est un contrat unilatéral. La présence du débiteur n'y est pas nécessaire. Le fidéjusseur peut s'obliger pour lui sans son ordre.

129. En général, cependant, le cautionnement suppose un mandat tacite du débiteur principal.

130. Néanmoins, dans certaines circonstances, il a lieu sans ordre ni mandat.

131. Il ne serait même pas impossible de concevoir des exemples de cautionnement donné contre la défense du débiteur principal.

---

(1) Nos 9 à 10.

132. On peut cautionner une caution. Un tel fidéjusseur s'appelle *certificateur* de caution.

COMMENTAIRE.

128. Le cautionnement est, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (1), un contrat unilatéral. Il se passe entre le créancier et celui qui s'engage envers lui à titre de fidéjusseur. La présence du débiteur n'y est pas nécessaire. Son consentement n'y est pas requis. Le fidéjusseur n'a pas besoin de ce consentement pour s'obliger envers le créancier (2). On peut faire le bien d'une personne à son insu. On peut le faire même malgré elle (3). « *Beneficium est etiam invito prodesse* (4). » Le contrat de cautionnement est donc parfait, quoique le fidéjusseur ait agi sans ordre à l'insu du débiteur, ou contre ses intentions. Le créancier n'a contracté qu'avec le fidéjusseur. L'obligation de ce dernier se soutient par le lien unilatéral résultant de la convention.

129. En général cependant le cautionnement n'est donné qu'en vertu d'un ordre ou mandat tacite émané du débiteur (5). Et alors le fidéjusseur a contre le débiteur principal l'action *mandati contraria* (6), et même une subrogation légale (7).

---

(1) N° 18.
(2) Text. *hic*.
(3) Mon com. du *Mandat*, n° 80.
(4) Sénèque, *De beneficiis*, lib. 5, c. 19.
(5) *Suprà*, n°s 17 et 28.
(6) *Suprà*, n° 17.
(7) Art. 1251, 2029.

Nous en verrons l'étendue dans le commentaire des art. 2028, 2029. Mais cette action est étrangère au créancier ; elle ne découle pas principalement du contrat de fidéjussion.

130. Cependant le cautionnement est assez fréquemment donné à l'insu du débiteur, et alors naît entre ce dernier et le fidéjusseur le quasi-contrat *negotiorum gestorum* (1); ce recours ne concerne pas plus que le précédent le créancier.

131. Le cautionnement donné contre la défense du débiteur est plus rare. On a assez de peine à trouver des cautions quand on les cherche et qu'on les sollicite !! Si cependant une hypothèse si peu vraisemblable se rencontrait, on suivrait les principes que nous avons exposés dans notre commentaire du *Mandat*, n° 80. Nous y reviendrons en commentant l'art. 2028.

132. Non-seulement on peut cautionner le débiteur principal, mais on peut cautionner sa caution. Un tel fidéjusseur se nomme certificateur de caution, ou bien *fidejussoris collaudator* (2). Ulpien a dit avant notre article : *Pro fidejussore fidejussorem accipi, nequaquàm dubium est* (3). L'engagement du fidéjusseur est une obligation qui, bien qu'accessoire, a cependant une existence distincte et peut,

---

(1) *Suprà*, n° 17.
Pothier, n° 430.
Casaregis, *disc.* 197, n° 20.
(2) Favre, Code, 8, 6, 32.
(3) L. 8, § 12, D., *De fidej.*

par conséquent, recevoir l'appui du crédit et le secours de la fidéjussion (1).

Article 2015.

Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

SOMMAIRE.

133. Le cautionnement ne se présume pas facilement.
134. Il est *strictissimi juris*. Il doit être exprès.
135. Ce n'est pas à dire pour cela qu'il doive être nécessairement prouvé par écrit.
136. Formes pratiquées à Rome pour le cautionnement.
137. Formes pratiquées dans notre ancien droit français.
138. Différence du cautionnement et de la recommandation.
139. Exemple donné par Casaregis.
140. Suite.
141. Suite.
142. Suite et principes sur les différences du cautionnement et de la recommandation.
143. Suite.
144. Opinion de M. Chabot limitée et expliquée.
145. Suite.
146. En cette matière, les exemples doivent être pris avec précaution. Il faut consulter les circonstances.
147. Quoique en général le cautionnement ne se présume pas, cependant il est des cas où il a lieu de plein droit. Raison de cela.
148. Le cautionnement ne doit pas être étendu d'un cas à un autre.

---

(1) Maur., p. 329.

149. Il ne faut pas l'étendre d'une chose à une autre.
150. Il ne faut pas l'étendre d'une personne à une autre.
151. Comment ceci doit être entendu. Le cautionnement n'est pas éteint par le décès du débiteur principal, et il continue bien que les héritiers aient pris la place de ce dernier.
152. Suite. Application de ceci à quelques exemples.
153. La caution de l'usufruitier est-elle déchargée si ce dernier vend son droit?
154. *Quid* si la femme usufruitière qui a été cautionnée passe en puissance de mari?
155. Le cautionnement ne s'étend pas d'une époque à une autre époque.
Exemples.
156. Transition à l'art. suivant.

COMMENTAIRE.

133. Le cautionnement entraîne des conséquences si graves que la loi ne permet pas de le supposer facilement. Le fidéjusseur se charge d'une dette qui n'est pas la sienne; il s'expose, pour être utile à autrui, à la perte ou à la diminution de son patrimoine, aux rigueurs d'un créancier, à des vexations judiciaires. « *Petitur enim ab illis* (j'emprunte les élégantes paroles de Quintilien), *petitur* » *enim ab illis pecunia quam non acceperunt, non in ullum* » *rerum suarum usum converterunt. Etiam cum istud peri-* » *culum est sponsoris, miserabile est; bonitate labitur,* » *humanitate conturbatur.* » Beaucoup de personnes prudentes aiment mieux donner que cautionner, et elles ont raison; car il est rare que celui qui cautionne ne finisse pas par payer; et payer, en pareil cas, payer pour une personne qui a trompé votre attente, qui vous laisse en face d'âpres pour-

suites ou de démêlés désagréables, c'est subir plus que les charges d'une donation, sans éprouver cette satisfaction et cette tranquillité du cœur qui accompagne un bienfait.

134. La loi montre donc son expérience de la nature humaine quand elle enseigne au juge que le cautionnement ne se présume point. Il faut qu'il soit clairement exprimé, ou, comme dit notre article, qu'il soit exprès. Le cautionnement est de droit très étroit. *Fidejussio*, disent les docteurs, *est strictissimi juris* (1). Nous verrons bientôt les conséquences de cette règle importante.

135. Mais avant tout nous devons prémunir le lecteur contre une extension exagérée qui lui a été donnée quelquefois. De ce que le cautionnement doit être exprès quelques personnes en ont conclu qu'il doit toujours être renfermé dans un acte écrit. De telle sorte que lors même qu'il existerait un commencement de preuve par écrit, on ne pourrait pas le compléter par la preuve testimoniale. Ce système a été proscrit avec raison (2). Le cautionnement n'est pas assujéti chez nous à des formes particulières. Il n'est ni plus ni moins solennel que les autres contrats pour lesquels ont été édictés les principes du C. c. sur la preuve des obligations. Un cautionnement verbal, quand il est avoué, un cautionnement prouvé par té-

---

(1) Casaregis, *disc.* 35, n° 24.
197, n° 24.
Favre, Code, 8, 28, 5.

(2) Cass., 1er février 1836. Devill., 36, 1, 511.
Dalloz, 36, 1, 84.

moins, dans le cas où la loi en permet la preuve orale, n'est pas moins *exprès* qu'un consentement écrit. En un mot, le cautionnement est placé, quant à la preuve de son existence, sous l'empire du droit commun. Seulement, la loi ordonne au juge de n'être pas trop facile à interpréter dans le sens d'un cautionnement des paroles douteuses ou des faits d'intervention qui n'ont que le caractère d'une simple recommandation.

136. Il est vrai que, dans les idées primitives du droit romain, le cautionnement ne pouvait être donné que dans la forme solennelle de la stipulation (1). On sait la rigueur de la formule de la *sponsio* et de la *fidepromissio* (2). La *fidejussio* avait eu également la sienne (3), et la solennité de la demande et de la réponse y avait été exigée (4).

Plus tard cependant on s'était relâché de ce formalisme. Ulpien signale ce progrès dans ce fragment (5), répété par Justinien dans ses Institutes (6): «*Sciendum est generaliter quòd si quis scripserit,* » *se fidejussum, videri omnia solemniter acta.* »

Enfin, sous Justinien, nous voyons la fidéjussion dégagée de toute espèce de forme; nous la voyons admise et reconnue, soit qu'elle fût purement verbale, soit qu'elle fût écrite (7). Seulement le cau-

(1) *Suprà*, nos 2 et suiv.
(2) *Suprà*, nos 3 et 4.
(3) *Suprà, loc. cit.*
(4) Pothier, no 401.
(5) L. 30, D., *De verb. oblig.*
(6) *De fidejuss.*, § 7.
(7) L. 27, C., *De fidej.*

tionnement purement verbal n'a de valeur que pour deux mois, et s'éteint au bout de ce temps. « *Duobus mensibus effluentibus ab hujusmodi nexu, fidejussores liberari* (1). » On présume que celui qui n'a pas voulu s'obliger par écrit n'a pas eu la pensée de s'engager pour un long temps (2).

137. Dans notre ancien droit comme aujourd'hui, le cautionnement pouvait se faire par acte sous seing privé ou par acte notarié, et même verbalement (3). Le Code n'a pas entendu changer cette jurisprudence et imposer au cautionnement un formalisme inutile.

Au surplus, quelque précaution que prenne la loi pour constater la volonté des parties, il se trouve toujours des personnes de mauvaise foi qui osent en contester l'existence.

« *Heu! nostra ætas non multùm fidei gerit;*
» *Tabulæ notantur; adsunt testes duod*
» *Tempus locumque scribit actuarius!*
» *Tamen invenitur rhetor qui factum negat* (4). »

138. Revenons donc au principe de notre article dont nous avons un instant dévié. Tirons les conséquences de cette règle que le cautionnement doit être exprès, qu'il ne se présume pas, qu'il est *strictissimi juris*.

Si l'on voulait rappeler tout ce qui a été écrit

---

(1) *Id.*
(2) Godefroy sur cette loi (note *p.*).
(3) Pothier, n° 401.
(4) Plaute, *Aulularia*, art. 5. Supplément d'Urceus Codrus.

par les anciens auteurs sur les recommandations simples, sur les différences qui les séparent du cautionnement, sur les espèces où il faut voir une recommandation plutôt qu'un cautionnement, ou un cautionnement plutôt qu'une recommandation, on ferait presque un volume. Je ne veux pas entreprendre cette tâche. Je la crois d'ailleurs fort avancée par les observations que j'ai présentées, dans mon commentaire du *Mandat* (1), sur les rapports du mandat avec les lettres de recommandation. Je renvoie aux textes, aux autorités et aux exemples qu'on y trouvera cités; remarquant, avec Deluca, qu'ordinairement cette question est plus de fait que de droit, et dépend de la valeur des termes employés (2).

139. Je veux cependant m'autoriser ici d'une espèce traitée par Casaregis (3).

Joseph et Jacques Duran, de Barcelone, et Hoiquel, d'Hambourg, avaient expédié des marchandises, consistant en cire, toiles à matelas, à F. et P. Fornès, commissionnaires de Livourne, pour en opérer la vente au comptant. Ceux-ci les vendirent à Sabath Levi avec trois mois de délai pour le paiement, n'ayant pu trouver personne avec qui ils pussent traiter au comptant. F. et P. Fornès rendirent compte de leur opération à leurs commettants, et ceux-ci approuvèrent ce qui avait été

(1) Nos 45 et suiv.

(2) *De camb.*, *disc.* 30, et *De cred.*, *disc.* 90. *Junge* Casaregis, *disc.* 126, n° 16.

(3) *Disc.* 125 et 126.

fait. Levi, quoique jouissant sur la place de Livourne d'un bon renom, fit faillite avant l'échéance.

Les commettants, ne pouvant prendre F. et P. Fornès en défaut pour violation de mandat, puisqu'ils avaient ratifié la vente à terme, soutinrent que lesdits Fornès, ayant affirmé que Levi était bon et solvable, s'étaient par-là même rendus ses cautions : « *Ex eo quòd affirmaverint bonam et idoneam ra-* » *tionem buncariam Levi, sese pro illâ fidejussores consti-* » *tuisse* (1). »

Casaregis, juge du procès, fait remarquer que les Fornès ne pouvaient être comparés à un tiers qui écrit à son correspondant de faire une chose agréable à telle personne qu'il lui recommande, de lui prêter de l'argent ou de lui vendre des marchandises. En pareil cas, celui qui écrit une telle lettre peut être regardé comme un fidéjusseur : « *Nam adeò vehementer desiderans, quòd amicus commendatus summam recipiat, vel rem de quâ indiget, verisimiliter videtur intellexisse se pro amico fidejussorem facere, ut tali pacto faciliùs ille à suo corresponsali effectum commendationis obtinere valeat* (2). » Mais ici les Fornès étaient les mandataires des Duran ; ils agissaient pour eux ; ils n'entendaient pas faire une chose agréable à Levi, mais faire une chose utile à leurs commettants. Où serait donc la pensée qui préside au cautionnement et qui est de rendre service au tiers cautionné (3) ?

---

(1) *Disc.*, 126, n° 1.
(2) N° 2 à 3.
(3) N° 4.

140. Quand un commissionnaire, poursuit Casaregis, entend cautionner les tiers avec lesquels il traite, il exprime formellement cette intention par la clause usitée *stare del credere* (1); il se fait payer une prime de 2 pour cent par son correspondant. Les Fornès ne sont pas dans ce cas; rien n'autorise donc à leur imprimer la qualité onéreuse de fidéjusseurs (2).

141. Quel était le rôle des Fornès? Dans quelle intention ont-ils parlé à Duran du crédit de la signature Levi? Ils étaient simples narrateurs. Ils racontaient à leurs correspondants ce qu'ils avaient fait dans leur intérêt; ils leur signalaient les circonstances importantes à connaître pour fixer leur opinion (3).

142. Au surplus, quand même les Fornès n'auraient pas agi comme mandataires, quand même ils auraient agi comme tiers, voici les principes :

« *Aut suadens et commendans servavit terminos semplicis suasionis et commendationis, sine aliis verbis quibus erui possit* EXPRESSE VEL VIRTUALITER *obligatio aliqua vel promissio; tunc commendans et suadens nullo modo remanet obligatus, quamvis commendatio vel suasio respiciat effectum alicujus negotii certi, et etiam quamvis qui suasiones recepit sine tali commendatione et suasione res suas non fidisset commendato* (4).

» *Sed si mercator ultra terminos simplicis persuasio-*

---

(1) N° 5.

(2) Casaregis cite Ansaldus, *disc.* 50, n° 36.

(3) N° 9.

(4) N°s 10 et 11.

nis et commendationis scripserit verba præ se ferentia, AUT VIRTUALITER *habentia vim promissionis, vel obligationis,* NON SOLUM SECUNDUM PROPRIUM ET LITTERALEM *eorum sensum,* SED ETIAM SECUNDUM *leges et* CONSUETUDINES MERCATORUM, *quibus standum est omninò, tunc mercator de suis tenetur uti fidejussor illius.* »

143. Ainsi si un commissionnaire écrit à son mandant : « Un tel est solvable, n'agissez pas contre » lui à la rigueur, ne le faites pas poursuivre judi- » ciairement pour ce qu'il vous doit, accordez-lui » quelque délai, » ce n'est pas un cautionnement ; c'est un conseil, un avertissement qui rentre dans le rôle du commissionnaire et ne l'en fait pas sortir pour passer à celui de fidéjusseur (1).

144. M. Chabot, dans son rapport au Tribunat (2), a prétendu qu'une invitation de prêter de l'argent à quelqu'un ou de fournir des marchandises à un tiers ne peut, quoiqu'on le recommande, et que l'on certifie même sa solvabilité, être considérée comme un cautionnement. Mais ce langage est trop absolu. Supposez qu'une telle recommandation émane d'un commerçant : croyez-vous qu'il faudra l'interpréter de la même manière que si elle avait été écrite par un non-négociant? Prenons conseil de Casaregis, consultons les habitudes du commerce ! ! Le sens qu'il attache à de pareilles lettres conduit plutôt à un cautionnement qu'il n'en éloigne (3).

---

(1) Autre espèce de Casaregis, *disc.* 131, n° 13.

(2) Fenet, t. 14, p. 150.
Merlin, v° *Caution*, § 3.

(3) Mon com. du *Mandat*, *loc. cit.*

145. Supposons autre chose. L'invitation en question est adressée à des correspondants par un père dont le fils veut s'établir dans la localité qu'ils habitent et y créer un établissement à son compte. Sera-ce une simple lettre de recommandation? N'y faudra-t-il pas voir plutôt un cautionnement du père, une offre de son crédit pour fonder le crédit de son fils? Je n'en fais pas le moindre doute, et c'est ce que décide Casaregis (1).

Il en est de même si c'est un négociant qui envoie son facteur opérer pour compte sur une place étrangère (2).

146. Nous répétons donc que les circonstances ont ici une influence souveraine. Les exemples ne doivent être pris qu'avec précaution, et il est dangereux de conclure d'un cas à l'autre sans avoir égard à la qualité des personnes, aux rapports respectifs, au style du commerce, aux habitudes des places, etc., etc. Sans doute le cautionnement ne se présume pas; il ne faut pas être facile à l'admettre; mais il ne faut pas non plus exiger la prononciation des mots sacramentels, et refuser de le voir dans des clauses où l'usage et la bonne foi l'aperçoivent habituellement.

147. Quoique le cautionnement ne se présume pas, cependant la loi l'admet de plein droit dans certaines circonstances. On peut consulter les art. 1216, 1419, 1451, 1452 C. c. Est-ce une dérogation au principe de notre article? Non! Cette

---

(1) *Disc.* 25, nos 23, 24.

(2) Casaregis, *disc.* 126, no 22.

présomption est une faveur et non une sévérité. Dans les cas auxquels se réfèrent ces articles, il s'agit de débiteurs qui se sont obligés *principaliter*. C'est dans leur intérêt qu'on les qualifie de cautions, et qu'on leur en accorde les prérogatives et les recours (1).

148. Lorsque la qualité de caution est reconnue exister et qu'on recherche l'étendue des obligations du fidéjusseur, notre article, fidèle à son système de sage indulgence, craint encore les exagérations, et il recommande de ne pas étendre l'engagement au delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

Pour mettre en lumière ce précepte de la loi, nous nous attacherons à une règle donnée par les docteurs et aussi compréhensive que remarquable par sa précision. « *Fidejussio est strictissimi juris et* » *non durat, vel extenditur de re ad rem, de personâ ad* » *personam, de tempore ad tempus* (2). »

149. Et d'abord, le cautionnement ne doit pas s'étendre d'une chose à l'autre.

Il suit de là que la caution donnée pour le bail ne s'étend pas à la tacite reconduction (3).

Si je cautionne le paiement de la somme à la-

---

(1) M. Ponsot, nº 113.

(2) Casaregis, *disc.* 25, nº 24.
Disc. 197, nº 24.
D'après une foule de docteurs. V. aussi Maur., p. 503.

(3) Art. 1740 C. c.
Mon com. du *Louage*, nºs 447, 448.
Marsili, nº 97.

quelle Pierre sera condamné par des arbitres, je ne suis pas fidéjusseur des condamnations qui, à défaut des arbitres, seront prononcées par la Cour royale (1).

La caution donnée pour sûreté des fermages ne s'étend pas aux indemnités dont le fermier peut être tenu.

La caution donnée au propriétaire pour les obligations de celui qui prend sa ferme à bail ne s'étend pas à l'obligation de payer à la régie de l'enregistrement les frais de contrat : car c'est là une autre obligation contractée entre la régie et le fermier, et tout-à-fait indépendante de celle qui est cautionnée (2).

La caution donnée pour le principal seulement ne s'étend pas aux accessoires (3) ;

Et, par exemple, aux intérêts (4),

Ou aux frais (5).

Il n'en serait autrement qu'autant que le cautionnement serait indéfini, suivant l'art. 2016.

Enfin nous verrons aux nos 163 et 164 deux exemples de cette règle.

150. En second lieu, le cautionnement ne s'é-

---

(1) Favre, *Code*, 8, 28, 5.

(2) Répert., v° *Cautionnement*. *Infrà*, n° 166, § 1, n° 3.

(3) Marsili, n° 91 : « *Fidejussor non tenetur ad augmentum » seu accessorium quod aliquo modo advenit principali obliga- » tioni.* »

(4) Le tribun Labary (Fenet, t. 14).

Paul, l. 68, § 1, *De fidejuss.*

(5) *Id.*

tend pas d'une personne à une autre personne (1). S'il est donné pour garantir un tel, il ne s'ensuit pas que le fidéjusseur ait entendu garantir un tel autre, son co-obligé ou intéressé dans la même affaire. Quand je cautionne une société de commerce, je ne suis pas censé cautionner la société nouvelle qui lui succède et prend la suite de ses affaires.

La raison en est claire ; elle découle des causes impulsives du cautionnement autant que de sa nature et de la faveur que mérite le fidéjusseur. En effet, le cautionnement est déterminé par l'affection qu'on porte à une personne, par la confiance qu'on a en elle, par le désir de lui rendre service, de favoriser son établissement, etc., etc. On cautionne tel débiteur à cause des garanties morales et pécuniaires qu'il présente. On ne cautionnerait pas tel autre. Les jurisconsultes sont donc bien forts ici de leur règle : *Fidejussio est strictissimi juris et non extenditur de personâ ad personam.*

151. Mais prenons garde de ne pas donner à cette idée une portée exagérée.

Le cautionnement n'est pas tellement personnel qu'il s'éteigne de plein droit avec la personne envers laquelle on a voulu être libéral. Il dure autant que dure l'obligation principale ; et quand cette obligation est de celles qui se transmettent aux héritiers, quand le débiteur en a légué l'accomplissement à ceux-ci, le cautionnement se pro-

---

(1) Maur., *De fidej.*, p. 516, n° 61 : *Non extenditur de personâ ad personam.*

longe même après que le débiteur principal est remplacé par ses héritiers.

Par exemple, Pierre a promis à Paul de lui payer 10,000 dans dix ans, et François a prêté son cautionnement. Il est bien manifeste que le décès de Pierre au bout de cinq ans n'enlèvera pas à Paul la sûreté du cautionnement fourni par François. Ce cautionnement ne s'éteindra que par le paiement. De là cette règle que la mort du débiteur ne libère pas le fidéjusseur de son obligation. « *Fidejussor ab obligatione suâ solutus non remanet morte,* » *sive naturali, sive civili, principalis debitoris* (1). » Vainement le fidéjusseur dirait-il : « J'ai voulu fa- » voriser un tel qui était mon ami ; j'avais foi dans » son économie, sa probité, sa fidélité. C'est ce » qui m'a porté à le cautionner. Mais je n'ai pas » entendu cautionner ses héritiers, qui sont peut- » être moins solvables et moins honnêtes. J'en- » tends être déchargé de mon obligation. » Cette prétention serait abusive, et ce serait appliquer hors de propos des idées qui n'ont de justesse et de valeur que lorsqu'on les laisse à leur place. Le fidéjusseur a pris sur lui l'obligation principale ; il l'a acceptée telle qu'elle était, avec ses charges comme avec ses prérogatives. Or, si l'obligation était par sa nature transmissible, le fidéjusseur a dû prévoir le cas où elle passerait en

---

(1) Casaregis, *disc.* 152, n° 10.
Maur., *De fidej.* (p. 393, pars. 2, c. 5) dit : *Eo mortuo, remanet obligatio fidejussoria.*

d'autres mains par succession ou autrement. Qu'a-t-il cautionné? Ce n'est pas seulement le fait d'un tel, ou sa solvabilité et sa moralité; c'est l'obligation précise de rembourser 10,000. Eh bien! le décès du débiteur principal n'a pas mis fin à son engagement. Le cautionnement subsistera donc tant que l'engagement subsistera.

Ce ne sera pas étendre le cautionnement d'une personne à l'autre. Ici le défunt est censé se continuer dans la personne de ses héritiers. Loin de s'écarter du but du cautionnement, on le renfermera dans ses limites naturelles.

152. L'exemple que nous venons de donner fait toucher au doigt la nécessité de limiter raisonnablement la règle que le cautionnement ne s'étend pas d'une personne à l'autre.

Cette nécessité admise, que faudra-t-il faire pour concilier la règle avec l'exception et empêcher l'empiètement abusif de l'une sur l'autre? On recherchera quel a été l'objet positif du cautionnement. On n'oubliera pas surtout que le cautionnement est l'adhésion à une obligation précise, définie, positive, plutôt que la garantie des qualités morales et du crédit du débiteur. Si cette obligation s'éteint avec la personne, le cautionnement s'éteindra aussi. Mais si l'obligation survit, la cautionnement survivra, et restera attaché à l'obligation principale, tant qu'elle ne sera pas acquittée.

C'est ce qui arriverait, par exemple, si Pierre, ayant pris à ferme pour neuf ans la terre de Beauséjour, appartenant à Paul, et lui ayant donné pour

caution François, venait à décéder avant les 9 ans. On sait que le bail n'est pas rompu de plein droit par la mort. Si donc le contrat ne stipulait pas que le bail finirait de plein droit par le décès du fermier, ses héritiers coutinueraient l'exploitation jusqu'à la révolution des neuf ans. Mais François demeurerait-il caution jusqu'à cette époque? A moins qu'il n'ait clairement expliqué qu'il n'entendait cautionner que la jouissance personnelle de Pierre, il sera tenu à titre de caution même après le décès de Pierre et pendant la jouissance des héritiers de ce dernier. La raison en est qu'il a cautionné un bail de neuf ans, qu'il a fait sienne une obligation dont la durée ne dépendait pas du décès du fermier, mais qui devait se prolonger jusqu'à la révolution de neuf ans, et qu'en pareil cas, décharger François avant ce temps, ce serait appliquer à tort la maxime que le cautionnement ne s'étend pas *de personâ ad personam.*

153. Mais que devrait-on décider dans l'espèce suivante (1)?

Un usufruitier donne caution au nu-propriétaire, en vertu de l'art. 601 du C. c., afin de le garantir contre les abus possibles de sa jouissance. Il vend son droit. Sa caution sera-t-elle déchargée pour l'avenir? Oui! et le nu-propriétaire, dûment informé de cette aliénation par le vendeur (ce dernier lui doit cet avertissement afin d'éviter les surprises), aura à veiller à ses intérêts en exigeant un

(1) Proudhon, *Usufruit.*

nouveau cautionnement de la part du tiers acquéreur de l'usufruit. Quant au fidéjusseur, il n'étend pas sa garantie à une jouissance qui n'est plus celle de la personne qu'il avait cautionnée : « *Non extenditur de personâ ad personam.* » Il n'a pas nécessairement prévu que l'usufruitier vendrait son usufruit et qu'une autre personne se trouverait mise à sa place. Et c'est en quoi cette espèce diffère de la précédente. Tout à l'heure le fidéjusseur avait dû prévoir la possibilité du changement de personne, car il était dans les éventualités naturelles et probables du contrat. Ici, au contraire, la vente est un accident tout-à-fait imprévu, et le vendeur ne doit pas pouvoir par son fait aggraver la position de la caution. Qu'il vende son droit, s'il en a la volonté ; il le peut. Mais la caution ne s'est pas engagée pour le cas où cette hypothèse tout-à-fait extrinsèque se réaliserait. Elle n'a garanti que la jouissance de lui, usufruitier, et non pas celle des tiers que sa volonté (et non pas, comme dans l'espèce précédente, l'ordre de la nature) s'est substitués. Nous pensons donc, avec M. Proudhon, que le nu-propriétaire n'aurait pas de bonnes raisons pour refuser décharge à la caution. Seulement, si l'usufruitier a négligé d'avertir le nu-propriétaire, la caution, qui répond de toutes ses fautes, agira avec prudence en donnant elle-même au nu-propriétaire l'avis que l'usufruit a changé de mains, et qu'il ait à pourvoir à ses droits en même temps qu'à la décharger pour l'avenir.

154. M. Proudhon veut encore que la caution

soit déchargée quand la femme usufruitière se marie; car alors la jouissance est transférée au mari et lui appartient personnellement. Quoique cette solution puisse faire plus de difficulté que la précédente, par la raison que l'usufruit continue toujours à appartenir à la femme, nous l'acceptons cependant (1). Quel est ici le but du cautionnement? c'est de garantir le nu-propriétaire des abus de jouissance (art. 620 C. c.). Or, si la jouissance n'appartient plus à la femme, si elle passe entre les mains du mari, dont sa femme dépend, de quel droit forcerait-on un fidéjusseur à subir les conséquences de ce changement? *Non extenditur de personâ ad personam.*

Prétendrait-on que le changement d'état de la femme n'a point modifié ses obligations (2)? En un sens je le nie, et je soutiens surtout que ce changement altère la position de la caution. Et dès lors comment admettre qu'on puisse rendre celle-ci responsable de faits qui ne sont pas ceux de la personne qu'elle a prise sous sa garantie?

Notez bien que le mari n'est pas dans la position d'un fermier à qui la femme aurait loué son usufruit, ou d'un mandataire par lequel elle le ferait gérer. La jouissance lui appartient. La femme est sous sa dépendance et son autorité; elle ne peut pas jouir; elle ne peut pas agir. Et l'on voudrait que celui qui n'a voulu cautionner que la femme

---

(1) *Contrà*, M. Ponsot, n° 31.
(2) M. Ponsot, *loc. cit.*

fût chargé des faits du mari !! Il ne faut pas oublier que le contrat de cautionnement est *strictissimi juris.*

155. En troisième lieu, le cautionnement ne doit pas être étendu d'une époque à une autre (1). Ainsi, si je cautionne celui qui est investi d'un office temporaire, je ne suis pas censé le cautionner lorsqu'il est continué dans sa charge (2). Si je cautionne un fermier pour neuf ans, je ne le cautionne pas pour les baux ultérieurs que le propriétaire passe avec lui. Paul donne un autre exemple (3). Un tuteur a des cautions. Après que la tutelle s'est terminée par l'âge du pupille, ce tuteur continue à gérer sans nécessité, « *nullâ necessitate cogente, sed ex voluntate suâ.* » Ce prolongement de gestion réagira-t-il sur les cautions? Nullement. Les fidéjusseurs sont censés s'être engagés pour le temps de la tutelle, et ils ne sont pas responsables de tout ce qui se fait plus tard sans nécessité.

156. Maintenant nous allons passer à l'article suivant. Notre article ne s'est occupé que du cas où le cautionnement a lui-même déterminé ses limites. Que cette fixation soit expresse, qu'elle résulte de la nature des choses, il n'importe; on ne doit pas les dépasser et aggraver la position déjà si onéreuse du cautionnement.

---

(1) Casaregis, *loc. cit.* (*suprà*). Maur., p. 509, n° 14.

(2) Marsili, n° 94.

(3) L. 46, § 4, D., *De administ. tutor. Suprà*, n° 168.

L'art. 2016 va s'occuper du cas où le cautionnement est indéfini.

Article 2016.

Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution.

SOMMAIRE.

157. Du cautionnement indéfini.
158. Il s'étend à tous les accessoires, à tout ce qui est connexe et dépendant de l'affaire.
159. Exemple donné par les lois romaines.
160. Autre.
161. Autre.
162. Le fidéjusseur est même responsable du dol et de la fraude de l'obligé principal.
163. *Quid* des frais? Tempérament admis par la loi.
164. Le cautionnement ne s'étend jamais à ce qui n'a pas une connexion directe avec l'obligation cautionnée.
165. Exemple.
166. Autre exemple.
167. Suite.
168. Autre exemple.
169. Le cautionnement indéfini soumet-il de plein droit le fidéjusseur à la contrainte par corps?

COMMENTAIRE.

157. Ici s'ouvre un nouvel ordre d'idées. Autant l'art. 2015 ordonne de ne pas dépasser les limites

du cautionnement quand ces limites sont définies, autant il lui donne de latitude quand il a été contracté indéfiniment. Un cautionnement est indéfini lorsqu'il a été contracté *in universam causam*, pour me servir des expressions de Paul (1). Et il a ce caractère lorsque rien dans le contrat ne le restreint d'une manière expresse ou tacite. En pareil cas, le créancier est censé avoir stipulé qu'il serait pleinement indemnisé par le fidéjusseur. *Indemnem me præstabis* (2).

158. L'art. 2016 veut donc d'abord qu'il s'étende à tous les accessoires de la dette. *Connexorum et dependentium idem est judicium* (3). Ainsi la caution sera responsable des intérêts, stipulés ou non stipulés, des dommages et intérêts, de toutes les indemnités pour faute, mauvaise administration (4), etc. Il est évident, en effet, que le fidéjusseur d'une obligation s'oblige non-seulement à la chose à laquelle le débiteur principal s'est expressément et directement engagé, mais encore à toutes les causes non exprimées qui peuvent provenir de la nature du contrat. « *Simplex fidejussor alicujus contractûs* (dit Casaregis) *non solùm obligatur ad id ad quod principalis debitor expressè aut directè tenetur; sed obligatur etiam pro omnibus illis casibus et*

---

(1) L. 56, D., *De edilit. edicto.* Dans la loi 54, D., *Loc. cond.*, il dit : « *in omnem causam* ; » ainsi que dans la loi 56, § 2, D., *De fidej.*

(2) Paul, l. 54, D., *Loc. cond.*

(3) Marsili, n° 188.

(4) Hering., c. 24, n° 132.

causâs non expressis, quæ possunt provenire ex naturî ipsius contractûs (1). »

Ce qui comprend les accessoires et les choses connexes, les circonstances dépendantes du même contrat. « *Necnon tenetur*, dit le même jurisconsulte, *pro omnibus aliis accessoriis, connexis, aut dependentibus ab eodem contractu* (2). »

159. Les lois romaines nous donnent divers exemples de cette règle : d'abord pour les intérêts moratoires dus par un fermier en retard de payer son canon (3). Paul veut que dans ce cas le fidéjusseur qui a cautionné *in omnem causam* en soit tenu (4).

160. De plus, elles prévoient le cas où un contrat est résolu par la faute du contractant qui a été cautionné, et elles étendent à la caution toutes les conséquences de cet évènement (5).

161. Nous les voyons même déclarer la caution responsable des agissements qui se rattachent, par voie de conséquence et de connexité, à une convention légalement dissoute. Un tuteur arrive à la fin de son administration tutélaire, et son pupille sort de tutelle; mais il y a à terminer certaines affaires

---

(1) *Disc.* 62, n° 40.
V. aussi Bartole sur la loi 46, § 4, D., *De adm. tutor.*
(2) N° 41.
(3) Paul, l. 54, D., *Locati conducti* (Rép., lib. 5).
Papon, 10 arrêts, 12.
(4) Pothier, n° 405.
(5) Paul, l. 56, D., *De edil. edict.*

commencées, ou à prendre quelques mesures conservatoires, suite nécessaire de la gestion. Ses cautions sont responsables de ces faits connexes et dépendants (1).

Il serait inutile de multiplier ces citations.

162. Et c'est sur l'autorité de ces lois que Casaregis, d'accord du reste avec le *Guidon de la mer* (2) et Emerigon (3), décide que lorsqu'un emprunteur à la grosse (lequel ne doit rendre la somme prêtée qu'en cas d'heureux retour) pratique un sinistre frauduleux, son fidéjusseur est tenu de la restitution de cette somme aux prêteurs, attendu qu'il est tenu de la faute et du dol de celui qu'il a cautionné (4).

163. Pour être conséquent à ces principes, il faudrait dire que le fidéjusseur est responsable de tous les frais que le créancier a été obligé de faire pour se faire payer par le débiteur récalcitrant; car ces frais ont été occasionnés par la faute de ce dernier (5).

Cependant l'ancienne jurisprudence avait admis un tempérament à cette conclusion. Pour empêcher que la caution ne fût ruinée par des frais faits à son insu, et qu'elle aurait pu éviter en payant, si elle avait été avertie, on décidait que jusqu'à ce qu'elle eût reçu un avertissement, elle ne serait tenue

---

(1) Paul, l. 46, § 4, D., *De adm. tutor.*

(2) Ch. 19, art. 8.

(3) T. 2, p. 534.

(4) *Disc.* 62, nos 40 et suiv.

(5) Marsili, nos 187, 188. Il multiplie les raisons et les autorités.

que des frais du premier commandement ou du premier exploit de demande (1).

Le Code civil s'est conformé à cette équitable jurisprudence.

Ainsi, que la caution soit prévenue ou non, les frais de la première demande sont toujours garantis par sa responsabilité. Ce sont des frais nécessaires que le créancier ne pouvait s'empêcher de faire, soit pour interrompre la prescription, soit pour agir en père de famille vigilant. Mais si le créancier veut que les frais subséquents puissent retomber sur la caution, il faut qu'il lui dénonce les poursuites, afin de la mettre en mesure de payer. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle en sera tenue. Que si le créancier néglige de l'avertir, tous les frais qui suivront la première demande resteront en dehors de la responsabilité de la caution.

164. Du reste, quelque étendu que soit le cautionnement, il ne s'étend pas aux obligations qui pèseraient sur le débiteur pour une cause étrangère au contrat (2).

La loi 51, au D., *De fidejussor.*, donne un exemple de cette règle. Je vous prête de l'argent, et vous me donnez en gage un esclave que vous savez voleur, et qui me vole des sommes importantes. Ti-

---

(1) Pothier, n° 405.

(2) Casaregis, *disc.* 62, n° 49 : « Fidejussor obligatus non » remanet quandò casus est diversus et separatus à con- » tractu, neque ullam cùm eo habet connexionem neque de- » pendentiam, imò provenit ab alio casu contrario menti » contrahentium aut saltem ab eis nunquàm considerato. »

tius a cautionné ce prêt. Sera-t-il tenu du dommage que l'esclave m'a causé par votre faute? Non. Ce qui a été cautionné, c'est le prêt et non le gage. Le dommage provient ici d'une cause étrangère à l'obligation cautionnée (1).

165. C'est pourquoi nous avons enseigné, dans notre commentaire des *Hypothèques* (2) (et c'est l'opinion universelle), que les cautionnements des officiers ministériels ne sont pas passibles des amendes auxquelles ces officiers peuvent être condamnés envers le fisc. Quelle en est la raison? C'est que ces cautionnements n'ont été donnés que dans l'intérêt des particuliers qui sont forcés d'avoir affaire à ces officiers, *ex necessitate officii.* On a voulu que cette confiance, en quelque sorte obligée, s'appuyât sur l'assurance que les parties seront rendues indemnes des abus, malversations, méfaits dont ces officiers peuvent se rendre coupables. Mais les amendes prononcées en faveur du fisc sont dues en vertu d'un autre rapport civil; elles sont la conséquence d'un engagement pénal contracté envers l'Etat; et c'est seulement l'engagement contracté envers les parties qui a été cautionné (3).

166. Par suite de cette idée, nous avons dit, au n° 149, que la caution d'une obligation contractuelle ne répond pas des frais d'enregistrement dus pour ce même contrat; ces frais sont dus au

---

(1) Pothier, n° 406.
(2) T. 1, n° 209.
(3) Loyseau, *Off.*, 111, 8, 56.
Pothier, n° 406.

fisc, et c'est seulement au créancier stipulant que le cautionnement a été donné.

167. Il en serait autrement si, par une clause du contrat, les frais d'enregistrement eussent été mis à la charge de la partie qui ne les doit pas de droit. Par exemple, Pierre vend la ferme du Beauséjour pour 50,000 fr. contrat en main, et il donne caution à l'acquéreur pour les obligations qu'il contracte par cette vente. S'il ne paie pas les frais de contrat, qu'arrivera-t-il? C'est que la régie, ayant action directe contre cet acquéreur à qui caution a été fournie, l'inquiétera ; celui-ci exercera son recours contre le fidéjusseur. Or, la régie pourra certainement exercer les actions de son débiteur et poursuivre à sa place ce même fidéjusseur.

168. Enfin, on pourra s'aider encore d'un exemple que nous avons emprunté à Paul, au n° 155 ci-dessus. Le tuteur qui continue à gérer après la cessation de la tutelle, sans nécessité et par un effet de sa pure volonté, s'oblige en vertu d'une cause nouvelle, et les fidéjusseurs qui se sont engagés pour le temps de son administration ne sont pas responsables des faits postérieurs qui ne sont pas connexes (1).

169. Il reste à faire une autre remarque. Quand notre article dit que le fidéjusseur dont l'obligation est indéfinie est obligé à tous les accessoires de la dette, il n'entend pas seulement que les accessoires seront taxativement ceux qui se rattachent à l'obli-

(1) *Suprà*, n° 161.

gation principale; il entend encore que ce seront seulement des obligations ou *vincula juris* connexes, accessoires ou dépendants, et nullement des moyens de contrainte attachés à l'engagement principal. Ainsi, celui qui cautionne une personne obligée sous contrainte par corps n'est pas soumis, par la puissance de notre article et sans convention expresse, à la contrainte par corps. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt de cassation du 20 août 1833, dans une espèce où il avait été jugé que l'individu non négociant qui cautionne une dette commerciale était soumis à la contrainte par corps (1). L'arrêt de la Cour suprême qui casse cette décision est un hommage rendu aux articles 2060, § 5, et 2063, autant qu'aux saines doctrines par lesquelles l'article 2016 est circonscrit dans sa véritable portée.

D'ailleurs, l'article 2017, que nous allons tout à l'heure analyser, démontre que la contrainte par corps est un moyen de coaction tout personnel, qui ne se transmet pas, et qui, semblable à une peine, reste attaché à la personne condamnée à la subir.

Nous avouons cependant que dans notre ancienne jurisprudence on n'était pas toujours aussi scrupuleux. Ainsi, Émerigon n'hésite pas à décider que celui qui a cautionné un billet à la grosse est de plein droit soumis à la contrainte par corps tout comme le preneur de deniers (2). Mais le temps épure le droit, de même qu'il perfectionne toute

(1) Dal., 33, 1, 343.
(2) T. 2, p. 531.

chose ; peut-être qu'à l'heure qu'il est Émerigon y aurait mieux réfléchi avant d'émettre cette doctrine. *Plege ne peut perdre son cors par pleigerie.* Cette vieille règle de Beaumanoir (1) est plus vraie aujourd'hui que jamais, et nous étendons à la contrainte par corps un adage libéral que nos aïeux appliquaient à la servitude.

Article 2017.

Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée.

SOMMAIRE.

170. De la transmission des obligations du fidéjusseur à ses héritiers.

Dans le droit primitif de Rome, les obligations de la caution ne sont pas transmissibles.

Progrès de la jurisprudence.

171. Ce double état se rencontre dans notre droit français qui a suivi la même marche que le droit romain.

172. L'art. 2017 qui déclare l'obligation du fidéjusseur transmissible a donc une utilité réelle ; ce n'est une superfétation que pour ceux qui ne font pas attention aux antécédents historiques de la question.

173. L'obligation du fidéjusseur se partage entre ses héritiers.

174. Mais ses héritiers ne succèdent pas à la contrainte par corps, qui est personnelle et non transmissible.

COMMENTAIRE.

170. L'art. 2017 règle les effets du cautionnement à l'égard des héritiers du fidéjusseur.

---

(1) Ch. 43, n° 24.

Dans le droit romain primitif, l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* était fragile ; elle périssait avec eux et ne se transmettait pas à leurs héritiers (1). Le crédit n'avait, dans ces contrats accessoires, que des garanties passagères et personnelles; ce qui tenait peut-être à la dureté des obligations des cautions et au besoin scrupuleux et humain d'en arrêter les effets à celui-là seul qui s'y était soumis (2).

La fidéjussion fut imaginée pour élargir et perfectionner l'ébauche de la *sponsio* et de la *fidepromissio*. Entre autres avantages, on lui donna plus de consistance, en la rendant transmissible aux héritiers et en lui accordant une durée aussi longue que l'obligation principale elle-même (3).

171. Cependant, notre ancienne jurisprudence avait hésité à s'approprier ce perfectionnement du droit romain. Quelques anciennes coutumes, empreintes des mêmes idées que le droit héroïque de Rome (tant il est vrai que l'humanité tourne dans le même cercle et est toujours semblable à

---

(1) *Suprà*, n° 3.
Caius, 111, *com.* 120.

(2) *Suprà*, n° 3.

(3) *Suprà*, n° 7. Justinien, Instit., *De fidej.*, § 2.
Ulp., l. 4, § 1, D., *De fidejussorib.*

La loi 4, *Ut in possess. legat.* (*infrà*, n° 223), qui est de Papinien, dit cependant que le créancier perd ses sûretés au décès de la caution. Pourquoi? Parce que Papinien suppose que la caution est décédée sans héritiers ni successeur. C'est ainsi que Cujas entend ce texte. (*Quæst. Pap.*, lib. 28.)

elle-même sans se copier), quelques anciennes coutumes, dis-je, considérèrent l'obligation du fidéjusseur comme personnelle et non transmissible; et voici ce que Beaumanoir nous a conservé de ce point du vieux droit coutumier : « Qui pleige, s'il » est semons de sa plegerie, si que commandement » l'en soit fait avant qu'il meure, il convient que » ses hoirs respondent de la plegerie.... Mais s'il » meurt avant qu'il en soit trait en cour, et que » commandement l'en soit fait, les hoirs ne sont » de rien tenus à respondre de la plegerie de leur » père, etc., etc. (1). »

Mais la jurisprudence des parlements suivit des idées plus conformes aux derniers errements du droit romain, aux besoins du crédit, à la nature des conventions. Soefve rapporte un arrêt du 13 avril 1654 qui décide que le cautionnement subsiste même après la mort de celui qui l'a fait (2). Bouchel (3) et Brillon (4) citent aussi un arrêt du 31 juillet 1570 rendu dans le même sens.

Ainsi la marche de ce point de droit a été la même en France que chez les Romains. L'enfance et les progrès de la jurisprudence ont produit chez nous, comme chez eux, les mêmes phénomènes et les mêmes fruits!!!

172. Ces précédents expliquent pourquoi notre article a cru nécessaire d'exprimer une vérité de

---

(1) T. 43, art. 4.

(2) T. 1, *cent.*, 5, ch. 63, lettre *C*, n° 12.

(3) V° *Caution*.

(4) V° *Caution*, n° 58.

droit commun qui fait la règle de tous les contrats. Les antécédents de notre ancienne jurisprudence plaçaient le Code dans la position où Justinien se trouvait à l'égard de la *sponsio* et de la *fidepromissio*. Il a dû, par conséquent, imiter la précaution de Justinien en déclarant transmissible l'obligation fidéjussoire. Ce n'est pas ici copier servilement une disposition superflue, comme l'ont cru quelques auteurs (1). C'est, au contraire, prendre, sous l'empire des mêmes difficultés, une précaution prudente pour lever les scrupules.

173. En passant sur la tête des héritiers, l'obligation de la caution se divise de plein droit. Chaque héritier n'en est tenu que pour sa part et portion (2). C'est assez d'avoir rendu cette obligation transmissible; le Code n'a pas voulu déroger à la règle des autres contrats en la faisant peser solidairement et indivisément sur la tête de chaque héritier.

174. Et comme les peines ne se transmettent pas et que la contrainte par corps a un caractère pénal, les héritiers de la caution ne succèdent pas à cette dure obligation lorsque leur auteur en était tenu.

Article 2018.

Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de

---

(1) M. Duranton, t. 18, n° 322.
M. Ponsot l'a très bien repris, n°s 126, 127.

(2) Cassat., 5 avril 1809
(Devill., 3, 1, 42).

contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la cour royale où elle doit être donnée.

SOMMAIRE.

175. Transition. De l'obligation de donner caution et de ce qu'elle comprend.

176. De la capacité de la femme pour cautionner ; du sénatusconsulte Velléien. Raisons sur lesquelles on le fonde quelquefois.

177. Faiblesse de ces raisons. Si une femme est déclarée capable des actes les plus importants de la vie civile, pourquoi pas d'un cautionnement?

178. Le véritable motif du Velléien est que, dans les idées romaines, les femmes sont incapables de tout office civil ou public, et par conséquent d'un office qui expose leur patrimoine.

C'est une pensée politique.

179. Preuves textuelles à cet égard.

180. Suite.

181. Législation de Justinien sur le cautionnement des femmes. Il ne comprend pas bien le sens de l'ancienne prohibition.

182. Le Velléien passa dans l'ancien droit français.

Mais au XVIe siècle on commença à admettre les femmes à renoncer au bénéfice du sénatusconsulte Velléien.

Chute du Velléien.

Il se maintient en Normandie.

183. Suite.

184. Abolition du Velléien par le Code civil.

185. Il a rendu aux femmes nées ou mariées sous l'empire du Velléien la liberté dont jouissent les autres femmes.

186. Sagesse du Code civil.

187. La jurisprudence des arrêts a cependant subrepticement maintenu quelques abus du sénatusconsulte Velléien.

Ainsi, il a été décidé qu'une femme mariée sous le régime dotal, qui s'est réservé la faculté d'aliéner ses immeubles, ne peut les hypothéquer.

188. Il n'y a de personnes incapables de cautionner que celles qui sont incapables de contracter.

Des personnes offertes pour caution et dont le caractère est notoirement processif et tracassier.

189. De la solvabilité pécuniaire de la somme offerte pour caution.

190. De son domicile.

191. Suite. Question à ce sujet.

192. Première question.

193. Seconde question. La caution doit-elle être reçue au domicile du débiteur ou au domicile du créancier?

194. Ne doit-elle pas être reçue au lieu où le contrat a été passé?

195. *Quid* lorsque c'est la loi et non la convention qui oblige le débiteur à donner caution? Ne faut-il pas avoir dans ce cas plus d'indulgence?

196. Du domicile de la caution du légataire d'un usufruit.

197. Du domicile de la caution à donner par celui qui accepte une succession sous bénéfice d'inventaire.

198. Où doit être présentée la caution *judicatum solvi?*

199. Le domicile de la caution peut être un domicile d'élection aussi bien qu'un domicile réel.

200. Du cas où la caution quitte ou change son domicile.

201. Le créancier qui a reçu la caution sans discuter ses qualités ne peut plus être reçu à la critiquer plus tard.

202. Celui qui s'est engagé à donner caution peut-il donner en place d'autres sûretés?

COMMENTAIRE.

175. Les art. 2018, 2019 et 2020 traitent moins du contrat de cautionnement, c'est-à-dire de ce contrat unilatéral qui se passe entre le créancier et le fidéjusseur, que du contrat sans nom par le-

quel un débiteur s'oblige envers son créancier à lui fournir une caution.

Mais comme l'exécution de cette obligation donne lieu de rechercher si le fidéjusseur présenté est capable, on comprend l'à-propos des articles précités dans le titre qui nous occupe.

Cette obligation de fournir caution n'est pas toujours facile à remplir (1). Les qualités que la loi exige d'une caution pour qu'elle soit idoine sont nombreuses. Nous allons les parcourir.

176. Quand on remonte aux antiquités du droit romain et du droit français, on trouve une incapacité célèbre en matière de cautionnement : c'est celle de la femme mariée ou non mariée (2).

Sous la rude législation de la république romaine, la liberté des femmes avait éprouvé des atteintes graves. Filles ou épouses, elles avaient trouvé dans leur agnation ou dans le mariage des chaînes insupportables. La nature s'était révoltée; elle avait eu pour auxiliaire la licence, qui suit l'oppression, quand elle ne la précède pas. On chercha des remèdes aux excès de cette liberté déréglée à laquelle les femmes n'avaient pas été préparées par leur éducation; on ne trouva que des moyens incohérents et incomplets. Quoique la femme pût s'obliger principalement pour elle-

---

(1) Novel. 88, *in fine*.
Cujas, 22, *observ.* 30.
Hering., c. 8, 40, 5.
(2) Hering., c. 7, n° 389.

même (1), donner, payer même actuellement les dettes d'un autre (2), on voulut qu'elle ne pût pas s'obliger pour autrui, cautionner un tiers, ou donner une hypothèque pour une dette qui ne serait pas la sienne (3). C'est ce que décida le sénatusconsulte Velléien.

Pour expliquer cette bizarrerie on a dit : La femme est avare ; elle ne se dépouille pas facilement. On peut se confier à elle contre le danger des libéralités qui entraînent un dessaisissement actuel ; mais elle est imprévoyante (4), et quand un engagement se présente à elle conditionnel, incertain et éloigné, elle est prodigue de promesses dont elle ne calcule pas la gravité : *Faciliùs se obligat mulier quàm alicui donat* (5). Il était donc nécessaire de la prémunir de ce côté par une protection spéciale.

---

(1) *Principaliter* (Anton.), l. 2, C., *Ad senatusc. Velleian.*

(2) Ulp., l. 4, § 1, D., *Ad. senatusc. Velleian.*
Caius, l. 5.
Id., l. 1, § 2 (Anton.), C., *Ad senatusc. Velleian.*
Id., l. 4 (Alex.), C., *Ad senatusc. Velleian.*

(3) L. 1 et 2, D., *Ad senatusc. Velleian.*

(4) *Propter sexûs imbecillitatem*, Ulp., l. 2, § 1, D., *Ad senatusc. Vell.* ; *Infirmitas feminarum*, Ulp., l. 2, § 3, D., *loc. cit.* Les interprètes renchérissant là-dessus ont ajouté : La femme est de mauvaise foi (Hering., *loc. cit.*), et ils citent ce vers de Plaute :

Muliebri fecisti fide

(*Miles gloriosus*, act. 2, sc. 5, p. 84, éd. Panck.). Mais cette citation est tout à la fois injurieuse et maladroite ; elle ne se coordonne pas avec l'ordre d'idées du Velléien.

(5) Ulp., l. 4, *Ad senatusc. Velleian.*

177. Cette raison a une apparence de profondeur qui séduit ; mais, en réalité, n'est-elle pas plus ingénieuse que solide? Sauve-t-elle la singularité d'un système qui permet à une femme de se ruiner en prodigalités frivoles, et lui défend de venir au secours de son propre fils par un cautionnement opportun (1)? Une femme sera présumée capable de traiter les affaires les plus difficiles du gouvernement de son patrimoine, et elle ne comprendra pas la portée d'un cautionnement? La loi verra en elle assez de discernement pour résister aux folles dépenses qu'entraîne l'amour de la toilette et du luxe, cette séduction de tous les instants, et elle manquera de la prudence nécessaire pour refuser un cautionnement, acte qui ne flatte aucune passion, qui n'expose pas à des tentations fréquentes, et ne manque jamais, du reste, d'inquiéter les intérêts les moins clairvoyants! Est-ce donc, d'ailleurs, que la fortune des femmes avait été compromise à Rome par des fidéjussions immodérées ou innombrables? Y avait-il un art pour extorquer des cautionnements aux femmes, pareil à l'art des hérédipètes pour subtiliser des testaments aux célibataires?

178. Aussi, il n'est pas juste de croire que cette raison tirée du caractère de la femme fût l'explication vraie et radicale du sénatusconsulte Velléien. Ulpien, qui la donne, ne fait que l'énoncer en passant. Mais quand il veut rechercher à fond l'es-

---

(1) Ulp., l. 2, § 5, D., *Ad senatusc. Vell.*

prit du sénatusconsulte, il développe un autre ordre d'idées. La femme est incapable de tout office civil ou public. Lorsque la constitution politique la tient éloignée de ces simples offices qui ne consistent que dans des services, des faits et un nu ministère (*nudum ministerium*), combien à plus forte raison de ceux qui mettent en péril son patrimoine et sa fortune (1) ? Ici, je reconnais le vrai caractère du droit romain, et Ulpien a retrouvé la couleur locale, qu'effaçait tout à l'heure sa métaphysique.

179. D'ailleurs, à quoi bon discuter? Ulpien nous a conservé le texte du jurisconsulte.

« *Quòd Marcus Silanius et Vellejus Tutor, consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quæ pro aliis reæ fierent, quid de eâ re fieri oportet, de eâ re ità consuluerunt. Quòd ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis quibus intercesserint feminæ, pertinet, tametsi antè videtur ità jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur;* CUM EAS VIRILIBUS OFFICIIS FUNGI, *et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari senatum rectè atque ordine facturos, ad quos de eâ re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in eâ re senatûs voluntas servetur* (2).

On le voit donc : le sénatusconsulte prend soin de dévoiler sa pensée; cette pensée est toute politique; et le sénat a plutôt sous les yeux la vieille

---

(1) *Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt feminis... ità multò magis adimendum fuit eis id officium, in quo non sola opera, nudumque ministerium earum versaretur, sed etiam periculum rei familiaris.* L. 1, D., *Ad senatusc. Vell.*

(2) Ulp., l. 2, D., *Ad senatusc. Vell.*

constitution républicaine qu'une philosophie quintescenciée du caractère féminin. La femme ne doit pas remplir des offices civils ; de même qu'elle ne peut rendre des jugements, exercer une magistrature, postuler, défendre, de même elle ne peut intervenir pour autrui (1). La femme ne doit pas sortir du foyer domestique ; elle ne doit pas se mêler dans les affaires des autres et donner un patronage, une caution, des garanties qui la mettent en scène, la tirent de son isolement et lui créent une importance que la faiblesse de son sexe lui refuse. Voilà le véritable sens du sénatusconsulte Velléïen ; il fut rendu sous le règne de Claude (2), à une époque où l'on cherchait à reprendre par les lois une partie de ce que les mœurs avaient enlevé à l'antique dépendance des femmes (3). On aperçoit, du reste, qu'il ne fit que fortifier une jurisprudence plus ancienne, à laquelle le sénatusconsulte cherche à se rattacher. Parmi les monuments de cette jurisprudence nous connaissons la loi Julia qui défendait à la femme de consentir à l'hypothèque de son fonds dotal, quoiqu'elle pût donner à son mari le consentement de l'aliéner (4). Nous connaissons aussi, par le témoignage d'Ulpien, deux édits

---

(1) *Junge* Ulp., l. 2, D., *De regulis juris.*

(2) Dion Cass., IX, 27.

(3) V. dans mon mémoire de l'*Infl. du christianisme*, p. 290 (note), les tentatives faites sous Claude pour ranimer les antiques sévérités de la loi contre les femmes. (Tacite, lib. 2, n° 85, et lib. 12, n° 53.)

(4) Just., Instit. (*Quibus alienare perm.*).

d'Auguste et de Claude qui défendaient aux femmes de cautionner leurs maris : *ne feminæ pro viris suis intercederent* (1). Une femme qui cautionne son mari et le prend sous sa sauvegarde, c'était à Rome un énorme contre-sens; c'était le renversement de cette puissance du mari sur l'épouse que la vieille constitution aristocratique avait fondée par l'organisation de la *manus*.

180. Plus tard, lorsque les mœurs eurent affermi l'émancipation des femmes, le côté politique de la prohibition s'effaça des esprits et on chercha à y substituer des raisons de philosophie et de morale. On imagina de mettre sur le compte de l'incapacité de la femme, sur la légèreté qui l'empêche de comprendre les conséquences d'un cautionnement, une défense que le législateur avait fondée sur l'inaptitude de la femme à intervenir dans les offices civils. On donna la tournure d'une protection bienveillante à une prohibition jalouse, tirée de l'inégalité du sexe féminin par rapport au sexe viril.

181. C'est sous cette couleur d'une faveur et d'un privilége que le sénatusconsulte Velléien se montra à Justinien, toujours dédaigneux de l'esprit des vieilles institutions. Ami des femmes, l'empereur grec présuma assez de leur intelligence pour croire qu'une femme qui confirmait au bout de deux ans son cautionnement ou son hypothèque avait su ce qu'elle faisait. Il autorisa donc, dans le cas de pareille ratification, l'intercession des fem-

(1) L. 2, D., *Ad senatusc. Vell.*

mes (1). Il n'y eut d'exception que pour ce qui concerne les engagements du mari. La femme ne put jamais ni les cautionner ni les corroborer par l'hypothèque de ses biens ; toute ratification ultérieure de pareils actes fut déclarée de nul effet, à moins que l'obligation principale cautionnée par la femme ne tournât à son profit (2).

182. Le sénatusconsulte Velléien se maintint en Occident après la conquête. Le droit français primitif l'accepta (3) ; car les époques barbares sont toujours disposées à placer les femmes dans un état d'infériorité et à restreindre le cercle de leur capacité. Mais, au XVIe siècle, par suite de l'idée que le Velléien était une faveur personnelle, on admit les femmes à renoncer à un bénéfice qui leur était propre. Coquille place la naissance de cet usage à une quarantaine d'années avant l'époque à laquelle il écrivait. Dans le principe, ces renonciations devaient être faites avec solennité ; il fallait que la femme fût avertie spécialement de l'effet du sénatusconsulte et que cet avertissement fût rapporté en termes exprès par le notaire ; sans quoi la renonciation était considérée comme inutile (4). Mais peu à peu ces renon-

---

(1) L. 22, C., *Ad senatusc. Velleian.*

(2) Auth. *Si qua mulier.* L. 22, C., *Ad senatusc. Velleian.* Novel. 134, C., 8.

(3) Coquille, Instit. au droit français, t. *Des contrats.* Bretagne, art. 218.

(4) Coquille, sur Nivernais, t. 29, art. 10. Marsil., n°s 38, 39. *Infrà,* n° 239.

ciations devinrent des clauses de style qui chargeaient les actes d'un verbiage interminable et de formules inintelligibles, n'ayant qu'une existence superficielle *et de parade* (1). La conséquence aurait dû être qu'on n'en tînt aucun compte. Henri IV fit mieux : il en prit occasion pour abolir le sénatusconsulte Velléien, embarras dans les affaires, entrave pour le crédit, source de chicanes et de procès (2). On trouve ici le génie de Sully et cette haute intelligence qui, pour favoriser le commerce lyonnais, abolit dans les provinces de Lyonnais, Beaujolais et Forez, l'inaliénabilité de la dot (3). Le Velléien survécut cependant dans quelques provinces récalcitrantes, et particulièrement en Normandie (4), où l'édit d'Henri IV ne fut pas enregistré.

183. De cette différence entre deux ressorts aussi rapprochés que le parlement de Normandie et le parlement de Paris, naissaient de graves questions de statut. La femme normande qui cautionne à Paris s'oblige-t-elle (5) ? *Quid juris* si, sans s'obliger personnellement, elle hypothèque ses biens, situés en Normandie, pour la dette d'autrui ? Une Parisienne qui a des biens situés en

---

(1) Coq., *loc. cit.* Cette renonciation était connue sous le nom de renonciation à l'authentique *Si qua mulier.*

(2) Édit de 1606 (Néron., t. 1, p. 722).

(3) Henrys.

(4) Pothier, *Oblig.*, n° 389.

(5) Pothier, n° 389.

Normandie peut-elle les hypothéquer pour des dettes qui ne sont pas les siennes (1)?

184. Le Code civil a effacé ces diversités; il a tari la source de ces procès entre enfants de la même patrie. De pareilles questions ne peuvent surgir désormais que dans le cas où l'hypothèque ou le cautionnement d'une femme mettrait en jeu la loi nationale d'un pays étranger encore attaché au Velléien. En France, le sénatusconsulte Velléien est définivement et justement aboli. Le titre du cautionnement n'a adopté dans aucune de ses dispositions la prohibition de cautionner faite aux femmes par le célèbre sénatusconsulte; l'art. 1123 du C. c. confère, au contraire, à toute personne le droit de s'obliger et de cautionner.

185. Et cette abolition est tellement radicale, qu'elle a rendu aux femmes françaises nées ou mariées sous l'empire du sénatusconsulte Velléien la même liberté qu'à tous les autres nationaux. De telle sorte que, par le seul effet de la publication du C. c., ces femmes ont pu valablement contracter des cautionnements (2), les premières avec une pleine liberté, les secondes avec les conditions né-

---

(1) *Id.*

(2) Cassat., 27 août 1810;
5 mars 1811;
17 avril 1813.
Caen, 3 août 1826.
Merlin. Répert., v° *Senatusc. Vell.*, § 3, n° 2.
Effet rétroact., sect. 3, § 3, art. 1.
Q. de droit. V. *Velléien.*

cessaires pour qu'une femme mariée puisse s'obliger.

186. En cela le C. c. a agi avec sagesse et maturité ; il répugne qu'une femme majeure ait moins de liberté que les autres majeurs ; il n'est pas raisonnable de faire du cautionnement un acte à part, plus difficile à comprendre et d'un plus dangereux usage que tant d'autres par lesquels une femme pourrait consommer sa ruine, si la prudence que l'âge fait supposer en elle aussi bien que dans l'homme majeur ne la dirigeait pas.

187. Mais telle est l'influence des précédents, telle est la ténacité des vieilles institutions, que quelques débris de l'incapacité velléienne se sont subrepticement maintenus dans la jurisprudence des arrêts. Le C. c., malgré sa volonté bien claire et bien constatée, a vu, sous son empire, des préjugés assez puissants pour faire survivre à la raisonnable émancipation de la femme et du crédit certaines idées de prohibition incompatibles avec nos mœurs libérales et avec la sage facilité de nos lois.

C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé (et elle l'a décidé en audience solennelle !) qu'une femme dotée, qui s'est réservé par son contrat de mariage la faculté d'aliéner ses immeubles, n'est pas censée avoir stipulé virtuellement le droit de les hypothéquer (1). Sait-on ce que veut dire cet arrêt ? c'est que le sénatusconsulte Velléien vit

(1) 29 mai 1839 (Dal., 39, 1, 219)
(Devill., 39, 1, 449).

encore, ou du moins qu'il doit sortir de son tombeau et secouer sa poussière pour prêter au régime dotal des rigueurs que la volonté des parties contractantes a entendu lui enlever sous l'égide du Code! Car il ne faut pas s'y méprendre : si le droit romain interdisait à la femme de consentir à l'hypothèque de sa dot, lorsqu'elle lui permettait de consentir à son aliénation (1), c'était par un acheminement à ce système général d'incapacité en matière de cautionnement, dont le sénatusconsulte Velléien devint, quelques années plus tard, l'expression la plus absolue. Si jamais un nouveau président Favre entreprend un traité *De erroribus*, approprié à notre jurisprudence, cet arrêt en ouvrira certainement la première décade. Je n'en connais pas de plus contraire au sens légitime et usuel des mots, à l'état de nos mœurs, aux nécessités du crédit, à la sûreté des tiers et au respect de la bonne foi.

188. L'incapacité des femmes écartée, nous rentrons à pleines voiles dans le droit commun, et l'on ne trouve en matière de cautionnement que les incapacités ordinaires. Il est inutile de les énumérer.

Nous voulons seulement poser une question indiquée par les anciens jurisconsultes et omise par les nouveaux. Elle consiste à savoir si, bien que capable légalement, la caution n'encourrait pas une récusation dans le cas où son caractère per-

---

(1) *Suprà*, n° 179.

sonnel, tracassier et processif, donnerait au créancier des inquiétudes réelles.

Les jurisconsultes qui ont commenté la loi *Sciendum* (1), tels que Bartole et autres (2), pensaient qu'en pareil cas la caution pouvait être récusée. Ils allaient même jusqu'à faire des catégories de personnes récusables, et ils mettaient en tête les procureurs et les notaires, gens pleins de cavillations et de chicanes, et nourris de disputes ; *ut putà in homine cavilloso, litigioso, vel rixoso, ut sunt* PROCURATORES ET NOTARII (3). Nous écartons des qualifications injurieuses qui ne sont plus méritées ; mais nous pensons que si les défauts de caractère dont on vient de parler étaient poussés à un certain excès, et s'ils étaient notoires, les tribunaux pourraient avoir égard au refus du créancier de se trouver en contact avec ces personnes.

189. Après la capacité, notre article exige de la part de la caution des garanties de solvabilité, afin que le créancier à qui elle a été promise soit tenu de l'accepter (4). Ce ne serait pas, en effet, remplir l'obligation de fournir caution que d'offrir au créancier une personne insolvable ou dont la fortune serait inférieure à la valeur de l'obligation

---

(1) Au D., *Qui satisd. cog.*
(2) Sur la loi 2, D, *Qui satisd. cog.*
Junge Marsili, n° 257 ;
Et Hering., c. 7, n° 590.
(3) Marsili (*id.*).
(4) Hering., c. 8, n°s 52, 53.

principale. Nous verrons par l'art. 2019 comment s'estime la solvabilité d'une caution (1).

190. La solvabilité pécuniaire n'est pas la seule garantie que le créancier soit en droit d'exiger de la caution qui lui a été promise ; il faut encore qu'elle soit domiciliée dans le ressort de la cour royale où elle doit être donnée. On peut dire, en effet, avec Treilhard (2) : « La faculté de poursuivre un débiteur » fait partie de sa solvabilité, et une discussion qu'il » faudrait suivre au loin serait presque toujours plus » ruineuse qu'utile. » Les interprètes ont fait ressortir la nécessité de cette condition, en se fondant sur la loi 2, au Dig., *Qui satisdare cog.*, et c'est avec raison qu'ils disent : *Fidejussor locuples videtur, non tantùm ex facultatibus, sed ex conveniendi facilitate.* Si donc vous me donnez pour caution, à moi Parisien, un Provencal riche, d'un crédit bien établi, sera-ce tout? Non ! Car si je suis obligé d'aller le chercher à grands frais loin de mon domicile, dans un ressort étranger; il y aura pour moi des inconvénients que je ne dois pas subir (3).

191. Partant de là, les anciens auteurs décidaient que la caution devait être domiciliée dans le même lieu que le créancier, ou au moins dans

---

(1) De plus, l'art. 2040 exige que la caution judiciaire soit susceptible de la contrainte par corps.

(2) Fenet, t. 15, p. 39.

(3) Hering., c. 8, nº 100, et c. 14.
Marsili, nº 262.
Pothier, nº 391.

le même ressort (1), ou sinon, dans le lieu où le contrat principal a été célébré (2).

Notre article veut que la caution soit domiciliée dans le ressort de la cour royale où elle doit être donnée.

Que signifient ces mots qui peuvent paraître vagues : « Dans le ressort de la Cour royale où elle » doit être donnée? » La caution doit-elle être fournie au domicile du créancier? ou bien est-ce au domicile du débiteur qu'elle doit être reçue?

Le Code a tenu à dessein ce langage à toutes fins. Car la solution de la question dépend des circonstances, et l'art. 2018 ne pouvait les prévoir toutes.

192. Examinons d'abord le cas où la caution a été promise par convention. Ici, la volonté des parties a eu toute latitude; les contractants ont pu se faire leur condition à eux-mêmes; leurs pactes sont la regle à suivre.

193. Mais *quid juris* si la caution a été promise sans désignation du lieu où elle devra être domiciliée?

Suivant moi, il est évident qu'elle doit être donnée au lieu où le créancier est lui-même domicilié,

---

(1) *Non est idoneus fidejussor ille qui est de alieno foro vel territorio* (Marsili, n° 258).

(2) Marsili, *loc. cit.* Il dit : « Intelligitur de civitate *de quâ est ille cui promissus est fidejussor*, *vel de loco ubi* celebratus est contractus. »

Hering., c. 14, n° 5. V. Pothier, n° 391; Basnage, part. 2, ch. 2.

de civitate de quâ est ille cui promissus est fidejussor (1). Vainement alléguera-t-on le principe général que le lieu du paiement est, de droit, le lieu du domicile du débiteur (art. 1247). Ce principe, établi dans l'intérêt du débiteur, n'est pas applicable dans une matière où, comme ici, il s'agit de l'intérêt du créancier. Qu'a voulu l'art. 2018? assurer au créancier toutes les sûretés et toutes les facilités que le but final du cautionnement est de procurer. Or, ce but sera-t-il rempli si le débiteur, demeurant à une autre extrémité de la France, offre au créancier une caution si éloignée de lui? Est-ce qu'entre autres motifs qui ont pu faire exiger une caution, ne se trouve pas l'éloignement du débiteur, et le besoin d'avoir un autre débiteur plus rapproché, plus accessible? et si l'on impose au créancier l'obligation de se contenter du domicile du débiteur, d'après la règle mal appliquée de l'art. 1247, ne retombe-t-on pas dans tous les inconvénients que l'art. 2018 a voulu prévenir, d'accord avec l'ancienne jurisprudence? ne donne-t-on pas au créancier un fidéjusseur *forensis et de aliâ civitate* (2)?

Il ne faut donc pas se préoccuper de l'art. 1247. La nature de la convention le rend inapplicable.

---

(1) Maur. dit au contraire (p. 653, n° 13) : « Promittens » dare fidejussorem intelligitur de hominibus illis civitatis, de » quâ est ille qui fidejussorem dare promisit. » Mais Marsili, qu'il cite, ne dit pas cela.

(2) Expressions des docteurs.

On objecte (1) que ce système place le débiteur dans une situation très dure, puisqu'il l'oblige à se procurer une caution dans un lieu où il est éloigné de ses amis, de ses parents, de ceux qui peuvent venir à son secours. Il aurait trouvé un répondant dans son pays; ailleurs il lui sera impossible de faire un appel utile au crédit et à la confiance d'autrui.

Mais cette objection a été réfutée par Pothier. « Le débiteur ne doit pas être reçu à alléguer qu'il » n'en peut trouver sur le lieu. S'étant soumis vo- » lontairement à en donner, *sibi imputare debet.* » Et cette réponse que Pothier a prise, sans le dire, dans la loi 7, § 1, D., *Qui satisd. cog.* (2), est d'autant plus péremptoire que l'art. 2018 a été copié dans l'auteur même qui nous la fournit. Est-ce donc qu'il s'agit ici de l'intérêt du débiteur? Est-ce que ce n'est pas au contraire l'intérêt du créancier qui est dominant? Est-ce que, comme le disait Treilhard, l'éloignement de la caution ne se confond pas en quelque sorte en cette matière avec l'insolvabilité? Et dès lors comment voudrait-on que le créancier fût tenu d'accepter nécessairement un domicile qui n'est pas dans le même ressort que le sien? Lui proposer un fidéjusseur étranger (*forensis et de aliâ civitate*), n'est-ce pas à peu près la même chose que lui proposer un fidéjusseur insolvable?

Notre opinion s'appuie donc sur l'esprit de la

---

(1) M. Ponsot, n° 159.

(2) Ulp.

loi, sur l'esprit de la convention et sur la doctrine des anciens auteurs. Basnage cite un arrêt du parlement de Normandie du 9 mars 1769 qui la consacre. M. Proudhon la professait dans son enseignement oral, et l'on ne doit pas s'arrêter (à mon avis) au sentiment contraire de M. Ponsot (1).

194. Si cependant l'obligation principale avait été passée dans un lieu autre que le domicile du créancier, on pourrait facilement supposer que ce dernier a consenti à passer dans ce même lieu l'acte de réception de la caution promise, et alors c'est ce même lieu qui déciderait du domicile de la caution (2).

195. Maintenant, quelle sera la solution lorsque c'est la loi et non pas la convention qui oblige le débiteur à donner caution?

Pothier nous apprend qu'il ne faut pas argumenter de l'hypothèse précédente à celle-ci. Plus d'indulgence doit être accordée à ceux qui sont obligés par la loi à donner caution qu'à ceux qui s'y sont soumis volontairement; on doit les admettre facilement à donner pour caution des personnes de leur pays lorsqu'ils n'en peuvent trouver dans le lieu où la caution doit être donnée (3).

Un premier point ressort de cette sage doctrine empruntée par son auteur à la loi 7, § 1, D., *Qui satisd. cog.* : c'est que le domicile du débiteur n'est

---

(1) N° 159.

(2) Marsili et autres précités.

(3) N° 391.

pas une meilleure règle dans le second cas que dans le cas précédent.

Un autre point est à considérer : c'est qu'un pouvoir plus discrétionnaire est attribué au juge dans le cas de caution légale que dans le cas de caution conventionnelle. Pourquoi la difficulté dégénère-t-elle ici en un cas arbitraire ? C'est qu'il n'y a pas de pacte, d'où l'on puisse inférer, virtuellement ou de toute autre manière, que le lieu où la caution doit être présentée est nécessairement le domicile du créancier. On se trouve donc entre deux principes à concilier :

1° La caution ne doit pas être éloignée du créancier ; il faut qu'à la solidité pécuniaire elle réunisse la proximité de domicile pour être solvable dans le sens de la loi.

2° Il ne faut pas imposer l'impossible à un débiteur qui obéit à une volonté de la loi plutôt qu'à un ordre de choses réglé par sa propre volonté.

Ceci posé, examinons quelques cas de caution légale, et essayons d'appliquer ces idées avec discernement.

196. Le légataire d'un usufruit est obligé de donner caution d'après l'art. 601 du C. c. Où faudra-t-il que soit le domicile de cette caution ? Je réponds avec Proudhon (1) : Dans le ressort de la Cour royale où la succession s'est ouverte. Les raisons suivantes le démontrent clairement:

D'abord, écartons le domicile personnel des héritiers. L'obligation de l'usufruitier est un engage-

(1) Nos 849, 850.

ment qu'il contracte moins envers les héritiers personnellement qu'envers la succession elle-même. Où en serait-on s'il fallait prendre en considération ce domicile? Les héritiers peuvent être en grand nombre, avoir des domiciles divers et très éloignés les uns des autres.

S'ils ont fait leurs lots de partage, il se peut que l'usufruit s'étende à des immeubles compris dans plusieurs lots. La multiplicité possible des domiciles est un obstacle qui ne permet pas de s'arrêter à une telle hypothèse.

Écartons aussi, au moins en thèse de droit, le domicile du légataire. Si le légataire est de Saint-Malo et que la succession se soit ouverte à Antibes, croit-on qu'une caution de Saint-Malo soit à Antibes une caution bonne et solvable?

Écartons encore le lieu de la situation des immeubles. Il est possible que l'usufruit embrasse des immeubles situés dans des provinces diverses, et l'on ne saurait à quel ressort de cour royale donner la préférence.

Reste le lieu de l'ouverture de la succession. C'est là que doivent se vider les contestations relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort (1); c'est là que le légataire doit faire son offre de caution; c'est là qu'elle doit être acceptée.

Si cependant l'usufruitier ne pouvait trouver de caution ayant son domicile dans ce ressort, on pourrait l'admettre à en présenter une plus rapprochée du siége de son crédit. Les tribunaux ont

(1) Art. 59 C. pr. c.

à cet égard une latitude équitable. Pothier conseille avec raison d'en user, et nous suivons volontiers sa doctrine; car il n'y a pas ici de convention qu'il faille observer à la rigueur.

197. Quand un héritier accepte une succession sous bénéfice d'inventaire, les créanciers peuvent exiger qu'il donne caution solvable (1). Est-ce le domicile de ces créanciers qui servira de règle? Mais ils peuvent être vingt, trente, cent, ayant chacun des domiciles différents et éloignés. Ce n'est donc pas de ce côté qu'il faut jeter ses regards. Aussi l'art. 993 du C. de pr. c. veut-il que la caution soit présentée au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession. Si le domicile des créanciers ne donne pas la règle à suivre en cette matière, ce n'est pas non plus le domicile de l'héritier débiteur qui prévaut. La loi a pris un terme moyen, le lieu de l'ouverture de la succession. Il y a là un centre d'intérêts où créanciers et débiteur viennent nécessairement aboutir.

198. Dans le cas où l'étranger est requis de donner la caution *judicatum solvi*, il est évident qu'elle doit être présentée au greffe du tribunal saisi de la contestation; et, dès lors, il suffit que cette caution ait son domicile dans le ressort de la cour royale.

199. Il reste à faire une observation commune à tout ce qui vient d'être dit. Le domicile de la caution peut être aussi bien un domicile d'élec-

---

(1) Art. 807 C. c.

tion qu'un domicile réel (1). La loi n'a pas exigé un domicile réel. Il ne faut pas lui prêter des rigueurs inutiles. Le domicile d'élection remplit le même but que le domicile réel ; il place la caution sous les mains du créancier ; il détermine le siége des poursuites et la compétence judiciaire (2).

200. Si la caution venait à changer son domicile, le créancier pourrait la forcer à le reprendre ou à en élire un dans le ressort de la Cour royale qu'elle a indûment quitté.

Mais nous admettrions difficilement que le fidéjusseur eût le droit de s'autoriser de la seule circonstance d'un changement de domicile (notez bien que je ne parle pas d'un cas de fuite, d'émigration ou autre semblable, équipollent à insolvabilité) pour exiger une autre caution de la part du débiteur. L'art. 2020 ne nous paraît pas un argument suffisant pour faire peser sur le débiteur une aussi grave obligation. Il n'est fait que pour le cas d'insolvabilité proprement dite. Il ne prévoit que ce cas extraordinaire, qui, seul, paraissait au jurisconsulte Paul imposer au débiteur l'obligation de fournir une autre caution : « *Quòd si medio tempore calamitas fidejussoribus* INSIGNIS, *vel magna inopia accedit, causâ cognitâ, ex integro satisdandum erit* (3). » Je sais qu'en général la facilité d'atteindre la caution fait partie de son idonéité : *Fidejussor locuples videtur non tantùm*

---

(1) M. Duranton, t. 18, n° 325.
M. Ponsot, n° 163.
(2) Art. 111 C. c. et 59 C. pr. c.
(3) L. 10, § 1, D., *Qui satisd.*

ex facultatibus, *sed etiam et conveniendi facilitate* (1). Mais ceci n'est vrai que lorsqu'il s'agit de recevoir la caution et ne doit pas être étendu au cas où elle a été reçue, et où, par conséquent, le débiteur a satisfait à son obligation. Pour autoriser la demande d'une autre caution contre un débiteur qui a exécuté sa promesse; pour faire retomber sur sa personne un fait nouveau qui n'émane pas de lui, il faut, nous le répétons avec Paul, une cause vraiment extraordinaire, un motif aussi grave que cette grave demande, un désastre insigne, une perte de fortune (2).

Ainsi donc, nous ne voudrions nous prévaloir de l'art. 2020 (3) qu'autant que l'abandon du domicile équivaudrait pour le créancier à un cas d'insolvabilité; comme, par exemple, si la caution prenait la fuite pour raison de poursuites judiciaires, pour des motifs politiques, pour une émigration (4).

201. Lorsque le créancier a consenti à recevoir une caution qui, à l'époque de sa réception, ne présentait pas les conditions requises par notre article et par l'article suivant, il ne peut revenir sur cette approbation. Le débiteur n'est tenu à rien de plus. *Non potest petere creditor ulteriùs sibi caveri* (5).

---

(1) Ulp., l. 2, D., *Qui satisd.*

(2) *Infrà*, n° 217.

(3) *Infrà*, n° 222.

(4) M. Duranton applique l'art. 2020, t. 18, n° 325.
M. Ponsot s'y refuse, n° 165.

(5) Marsili, n° 66.
Hering., c. 8, n°s 16, 17.
Maur., p. 635, n°s 2, 3, 4, 7.

Car, comme le dit Paul, le créancier qui les a approuvées *contentus his esse debet* (1). C'est aussi le sentiment d'Ulpien (2). La caution est après coup ce qu'elle était avant. Il n'y a pas de changement survenu; il n'y a donc pas de motif pour revenir sur ce qui a été fait. L'art. 2020 consacre implicitement, mais très formellement, ce point de droit qui est aussi un point de raison.

Bien entendu que nous mettons à part les cas de fraude (3). Mais vainement le créancier prétendrait-il cause d'ignorance; c'était à lui à s'éclairer sur l'idonéité de la personne qui lui était présentée. Hering dit très bien : « Creditor præsumitur in » dubio scivisse fidejussoris qualitatem cùm eum » acciperet (4). »

202. Reste à savoir si celui qui s'est engagé à donner caution peut être admis à donner à la place des gages suffisants. On connaît la maxime : *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.* Elle tranche la question (5).

L'art. 2041 a cependant fait exception dans le cas où c'est la loi ou la justice qui obligent un débiteur à fournir caution. On permet alors à ce débiteur d'une obligation qu'il n'a pas contractée lui-

---

(1) L. 10, § 1, D., *Qui satisd.*

(2) L. 3, § 3, D., *Ut in possess. legator.*

(3) Maur. (*loc. cit.*, n° 4).

(4) C. 8, n° 17.

(5) Hering., c. 18, n°s 68, 77, dit que telle est l'opinion commune : *Procul dubio magis communis et verior est.*

Contrà, Pothier, n° 393.

même et qui lui vient de plus haut de se libérer par des équipollents. Il peut offrir, à la place d'un fidéjusseur, un gage ou un nantissement suffisant. Comme le dit Heringius, dans le cas de nécessité, il peut être permis de payer une chose à la place d'une autre (1); et il y a ici une nécessité positive (2).

Mais cette facilité n'est pas accordée à celui qui s'est obligé par convention à fournir une caution. Il a fait lui-même sa condition ; il doit remplir son engagement d'une manière précise (3). Le créancier qui a stipulé qu'une caution lui serait fournie peut d'ailleurs avoir de bonnes raisons pour préférer ce genre de sûreté à un gage ou à un nantissement.

Article 2019.

La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique.

On n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation.

SOMMAIRE.

203. Transition. Condition de solvabilité de la caution.
204. Le fidejusseur doit posséder des propriétés foncières.

---

(1) N° 72.
(2) *Infrà*, nos 578, 579.
(3) *Suprà*, n° 42.

Ceci est-il en harmonie avec l'état économique de la France? — Sens de ces mots : *propriétés foncières*.

205. Exception à cette règle pour les matières de commerce.

206. Suite. Sens large qu'il faut attacher à ces mots de l'article 2019 : *en matière de commerce*.

207. La règle de l'art. 2019 fléchit dans le cas de petites dettes.

208. Suite.

209. Dans quels cas les immeubles possédés par la caution sont-ils considérés comme n'offrant pas des sûretés suffisantes ?

210. Suite.

211. Suite.

COMMENTAIRE.

203. La caution offerte doit être solvable, ainsi que nous l'avons dit au n° 189; car la solvabilité de la caution est le point essentiel qui détermine la confiance du créancier. Tout se traduit ici en résultats effectifs, et c'est le cas de dire avec Juvénal (1) :

« *Quantùm quisque suâ nummorum condit in arcâ,*
» *Tantùm habet et fidei.* »

L'honnêteté de la caution est sans doute une condition précieuse et dont on tient grand compte(2). Mais il faut qu'elle soit accompagnée d'un patrimoine suffisant pour répondre en valeurs réelles de la sûreté de l'obligation. Le cautionnement n'est pas une affaire de sentiment; c'est une sûreté pour les transactions, un gage pour le crédit;

---

(1) *Satir.* 4.

(2) L. 112, D., *De verb. oblig.*

il y faut autre chose que des promesses, de la bonne volonté, de la bonne foi; et l'on estime la caution d'autant plus qu'elle possède davantage.

« *Tanti, quantùm habeas, fis* (1). »

204. Voyons maintenant à quelles conditions un fidéjusseur est reconnu solvable.

La propriété mobilière a moins de stabilité que la propriété foncière; elle est d'une aliénation plus prompte et plus facile; elle est plus sujette à dépérissement. On pensait donc, dans l'ancien droit, que la caution qui ne possédait pas d'immeubles pouvait être récusée par le créancier (2). « Quæro, dit » Bartole, utrùm sit idoneus fidejussor ille qui » non possidet immobilia? Non (3). »

Cette règle a été acceptée par notre article. Est-elle en harmonie avec l'état de notre civilisation? Plus nous avancerons, plus elle deviendra d'une application embarrassante. Depuis la promulgation du C. civ., la propriété mobilière a pris un développement immense; elle a trouvé dans les rentes sur l'État, dans les prêts à intérêt, dans les actions des compagnies industrielles, etc., etc., de

---

(1) Horace.

(2) Marsili, n° 227.
Pothier, n° 391.
Par argum. de la loi 15, D., *Qui satisd. cogunt.*

(3) Sur la loi *Sciendum*, D., *Qui satisd. cog.*, n° 13.

puissants moyens de balancer l'importance de la propriété foncière. Celle-ci, devenue d'un accès difficile à cause de l'élévation du capital et de l'exiguité du revenu, n'ouvre pas ses cadres à toutes les existences; tout le monde n'est pas en position d'y trouver place. Les fortunes nouvelles n'y entrent qu'avec lenteur; en attendant, c'est la propriété mobilière qui leur donne asile et sert de base à leur crédit. D'un autre côté, l'économie des fortunes a une tendance marquée vers la spéculation, et le spéculateur (le commerce en est témoin) a plus besoin de valeurs mobilières que de valeurs foncières. De là vient que la propriété immobilière n'est plus aujourd'hui le signe nécessaire de la solvabilité et du crédit. L'art. 2019 n'aurait-il pas mieux fait de s'en rapporter à la sagesse des tribunaux, plutôt que d'imposer des conditions sévères et trop exclusives de solvabilité, dont la mauvaise foi peut abuser? Comprend-on facilement pourquoi un homme qui a trente mille francs de rente en inscriptions sur l'État et en actions de la Banque de France n'est pas admissible à cautionner un usufruit de trente mille francs de capital?

Encore, si en immobilisant ces rentes et ces actions il pouvait obtenir indulgence et confiance. Mais notez l'énergie des termes de notre article : il faut des propriétés foncières!!!

205. Il y a cependant exception pour les matières commerciales. Dans le commerce, le crédit repose sur des éléments autres que la propriété foncière. Il a fallu chercher ailleurs l'indice du crédit. On

estime donc la solvabilité de la caution, sans égard à ses propriétés foncières (1).

206. Mais puisqu'un négociant riche et accrédité peut cautionner un autre négociant pour dettes contractées dans son commerce, ne pourra-t-il pas servir de caution bonne et solvable pour une dette civile contractée par un individu non négociant?

Dans l'ancienne jurisprudence, Bartole (2) et autres, suivis par Marsili (3), n'hésitaient pas à regarder comme excellent le cautionnement donné par le négociant qui, sans avoir d'immeubles, est à la tête d'un commerce bien établi, « *ut si teneret magnam apothecam seu mensam ibi.* » Je pense que tel est aussi l'esprit de notre article; le texte largement interprété s'y prête sans violence. Cette doctrine est favorable au crédit; elle est surtout dans l'intérêt des étrangers, qui, étant particulièrement en rapport avec les négociants, seraient exposés à manquer de cautions acceptables si l'on prenait dans un sens trop étroit les mots : *en matière de commerce.*

207. La règle de notre article fléchit aussi pour les petites dettes. La raison s'en fait sentir d'elle-même.

208. Et, par suite, les anciens auteurs voulaient que, dans les causes sommaires, la caution *judica-*

---

(1) Marsili, n° 241; Bartole sur la loi *Sciendum*, D., *Qui satisd. cog.*

(2) Sur la loi *Sciendum*, D., *Qui satisd. cog.*, n° 5. « *Qui magnam apothecam habet in plateâ*, » dit Bartole.

(3) N° 241.

tum solvi fût dispensée de posséder des propriétés foncières (1). Mais une cause peut être sommaire et entraîner des condamnations à des sommes considérables. On s'en tiendra donc à l'importance de la dette plutôt qu'à la couleur de la procédure.

209. Dans les cas où la caution doit nécessairement posséder des immeubles pour être admise, il ne suffit pas que le fidéjusseur prouve qu'il est propriétaire de biens fonds ; il faut encore que ces biens soient suffisants pour répondre de l'objet de l'obligation (art. 2018). Partant, il faut qu'ils soient solidement assis dans les mains de la caution. S'ils étaient possédés sans titre et de mauvaise foi (2), s'ils étaient hypothéqués pour des valeurs considérables (3), s'ils étaient d'une discussion difficile et embarrassée (4), s'ils étaient litigieux ou menacés de quelque procès (5), si quelque cause d'éviction planait sur eux, dans toutes ces hypothèses, on n'aurait pas égard à leur possession.

210. Nous avons dit : s'ils étaient litigieux ou menacés de quelque procès, car dans notre article le mot litigieux ne se prend pas dans le sens restreint de l'art. 1700 (6).

---

(1) Marsili, n° 242.

(2) Marsili, n° 254.
Bartole sur la loi précitée, D., *Qui satisd. cog.*

(3) Marsili, 258.

(4) *Id.*, 250 et suiv.

(5) *Id.*, n° 256.

(6) M. Duranton, 18, 326.
M. Ponsot, n° 145.

211. Nous avons dit : d'une discussion difficile et embarrassée.

La difficulté de la discussion peut résulter de l'éloignement. C'est un cas prévu par notre article. Il demande une observation.

Faut-il que les biens possédés par le fidéjusseur soient dans le ressort de la Cour royale où la caution doit être reçue ? Non ! L'art. 2019 n'exige pas cette condition comme l'exige l'art. 2018. C'est au juge à voir, d'après les circonstances, si l'éloignement est assez grand pour rendre la discussion embarrassante (1). Il est vrai que M. Treilhard a professé dans l'*exposé des motifs* une opinion contraire : « Nous avons donc établi pour règle que la » caution devait présenter des biens dans le ressort » du tribunal d'appel où elle doit être donnée (2). » Et M. Malleville croit qu'il y a identité de raison pour interpréter l'art. 2019 par l'art. 2018. Beaucoup d'anciens auteurs pensaient aussi que les immeubles ne devaient pas être situés *in alio territorio* (3). Mais ce sentiment ajoute à la rigueur de la loi, et nous n'hésitons pas à le repousser.

M. Treilhard n'a pas fait attention qu'il fait dire à l'art. 2019 ce que cet article ne dit nullement, et ce que cependant il aurait dû dire en termes exprès si telle eût été sa véritable pensée. Quand on veut imposer à une personne des condi-

---

(1) M. Duranton, t. 18, n° 326.
M. Ponsot, n° 156.
(2) Fenet, t. 14, p. 39.
(3) Marsili, n° 253.

tions qui s'éloignent du droit commun, il faut prendre le soin de s'en expliquer d'une manière précise. Sans quoi, le bénéfice du droit commun ne saurait être enlevé.

Article 2020.

Lorsque la caution reçue par le créancier volontairement ou en justice est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre.

Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution.

SOMMAIRE.

212. Du renouvellement de la caution dans le cas où elle devient insolvable *ex post facto*.
213. Opinions anciennes. Droit romain. Distinction entre les cautions judiciaires ou légales et les cautions conventionnelles. Système de Pothier.
214. Sens et portée de notre article.
215. Suite.
216. Suite. Il ne s'étend pas au cas où le débiteur a contracté sous la caution d'un tel.
217. L'obligation de fournir une nouvelle caution ne s'ouvre que dans le cas où il y a insolvabilité, c'est-à-dire *magna inopia* ou *calamitas fidejussoris*.
218. *Quid* si le fidéjusseur ne devient insolvable que partiellement? Quel remède aura le créancier?
219. Mais le créancier ne doit pas s'armer d'une sévérité outrée.

Exemple.

220. Du cas où le cautionnement s'éteint par confusion. Le créancier peut-il en exiger un autre ? N'a-t il pas un remède plus légal dans la demande de la séparation des patrimoines ?

221. Du cas où le cautionnement s'éteint parce que le créancier hérite du fidéjusseur.

222. Le changement de domicile du fidéjusseur n'est pas un motif pour exiger un renouvellement de caution.

223. Le décès du fidéjusseur n'est pas une cause de renouvellement. Erreur de M. Merlin. Manière dont il faut entendre un texte de Papinien.

COMMENTAIRE.

212. Lorsque le débiteur obligé à fournir caution en a fourni une qui, au moment de l'acceptation, réunissait toutes les conditions légales, il semble au premier coup d'œil (1) qu'il a satisfait à sa promesse, et que les évènements ultérieurs qui peuvent altérer la solvabilité du fidéjusseur ne le concernent pas. Il devait donner une caution bonne et solvable ; il l'a fournie. Il a satisfait à ce qu'il avait promis, et il n'est pas cause si le fidéjusseur perd après coup son crédit et sa solvabilité.

Il n'en est cependant pas ainsi, et le débiteur est garant jusqu'au bout de la solvabilité de sa caution. Si cette caution devient insolvable, il doit en fournir une autre.

La raison pour laquelle le débiteur est tenu de la solvabilité future de la caution est que le créancier n'a exigé une caution que pour s'assurer invinciblement de l'exécution de l'acte ; qu'il a éte

(1) M. Treilhard en fait la remarque (Fenet, t. 14).

dans son intention d'avoir une caution toujours solvable et qui offrît une garantie réelle jusqu'à l'exécution effective de l'engagement.

Cette manière d'envisager le cautionnement a paru aux rédacteurs du Code mieux en harmonie avec la nature et l'objet de ce contrat que le système qui fait peser sur le créancier le risque de l'insolvabilité future (1). On en trouve des traces dans les lois romaines (2).

213. Cependant les interprètes de ces lois n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si l'obligation de garantir la solvabilité future de la caution était générale, ou bien si elle n'avait lieu que dans le cas de caution judiciaire et égale, donnée sur l'ordre du magistrat en vertu d'une stipulation prétorienne. De graves jurisconsultes, à la tête desquels se place Bartole, tenaient pour certain que le débiteur ne devait la garantie future de la solvabilité de la caution que dans le cas de caution judiciaire et légale (3), ou de dot (4). Dans tous les autres cas, ils pensaient que l'insolvabilité de la caution était un fait dont le débiteur n'était pas responsable (5).

Cette distinction se fondait sur des textes im-

---

(1) *Id.*

(2) L. 10, § 1, D., *Qui satisd. cog.* (*suprà*, n° 200). (Paul.)
Papinien, l. 4, D., *Ut in possess. legat.*

(3) Marsili rappelle leur doctrine et la défend, n° 74.

(4) *Id.*, 74.

(5) *Junge* Basnage, *Hyp.*, part. 2, ch. 2, page 101.

portants. Paul, prévoyant le cas où un fidéjusseur est tombé dans la détresse, décide qu'un nouveau fidéjusseur pourra être exigé (1). Mais dans quelle hypothèse se place-t-il? A-t-il en vue une caution promise par contrat? Nullement; il s'agit d'une caution judiciaire ou légale. Papinien enseigne également que le renouvellement de la caution doit avoir lieu lorsqu'elle manque par insolvabilité ou pour toute autre cause (2). Mais s'agit-il d'une caution conventionnelle dans l'espèce qu'il prévoit? Pas d'avantage.

Cette doctrine du renouvellement des cautions judiciaires et légales n'est qu'une conséquence du principe énoncé par Paul dans la loi 4, au D., *De stipul. prætor.*, d'après lequel les sûretés prétoriennes, c'est-à-dire celles que le magistrat oblige à fournir quand les parties sont devant lui, telles que celles dont il est ici question, doivent être réitérées autant de fois qu'elles viennent à manquer sans la faute du créancier. On en voit une application remarquable dans le cas de caution *judicatum solvi*. Le créancier, à qui caution a été donnée, hérite du fidéjusseur; il y a par conséquent extinction de la fidéjussion par confusion. Eh bien! ce créancier n'aura pas moins le droit d'exiger du débiteur un nouveau fidéjusseur (3), et cela bien que la confusion s'opère sur la tête

---

(1) L. 10, § 1, D., *Qui satisd. cog.*

(2) L. 4, D., *Ut in possess. legat.* (lib. 28, *Quæst.*). V. *infrà*, n° 223, une explication de cette loi.

(3) Ulp., l. 8, § 3, D., *Qui satisd.*

de lui, créancier, par un fait étranger au débiteur.

A quoi tient cette obligation du débiteur de renouveler ses sûretés autant de fois qu'elles manquent? Non-seulement au respect dû aux ordres du magistrat et à l'obéissance que commandent ses arrêts; mais encore à cette considération, savoir, que l'obligation est perpétuelle, qu'elle ne s'épuise pas, qu'elle renaît d'elle-même si elle meurt, jusqu'à ce que l'objet de l'obligation soit rempli. Quand le préteur a ordonné de cautionner qu'un legs sera payé par l'héritier (1), quand il a ordonné que caution serait fournie pour les causes du jugement à intervenir (2), etc., etc., il y a là un ordre de l'autorité publique qui ne peut demeurer un seul instant sans exécution; il faut que la caution subsiste jusqu'au bout, sans quoi les arrêts du préteur seraient méconnus. Supposez que le cautionnement s'éteigne, est-ce qu'il n'y a pas au delà l'ordre du magistrat qui vit toujours? est-ce que cet ordre n'impose pas virtuellement le devoir de renouveler les sûretés tant que le but n'est pas atteint? Le préteur qui ordonne dans une instance que le défendeur s'engagera par stipulation à donner la caution *judicatum solvi* est toujours là pour ordonner, si cette caution s'éteint avant la fin du procès, qu'il en soit fourni une autre. Il est toujours là, disons-nous, pour veiller au maintien des règles de procédure, à l'exécution de ses or-

---

(1) L. 4, D., *Ut in possess. legat.*; Instit., *De divis. stipulat.*, § 2.

(2) L. 8, § 3, D., *Qui satisd.*

donnances, à la sûreté des intérêts que la loi a pris sous sa protection.

Mais en est-il de même quand la caution a été donnée volontairement, par stipulation ordinaire? Nul texte ne le dit, et la raison ne l'exige pas. Si la caution cesse d'être solvable après coup, c'est là un évènement postérieur au contrat, et le débiteur ne saurait en être garant. Si je vous vends une créance, je ne vous garantis pas que le débiteur sera solvable; je réponds seulement qu'il y aura un débiteur tel quel; « *locupletem esse debitorem non debere præstare* (1). » De même que dans le contrat de vente toutes les causes d'éviction postérieures à la vente sont pour le compte de l'acheteur (2), de même, dans le cautionnement, le débiteur qui a satisfait à sa promesse en fournissant une caution solvable ne doit pas être garant de l'insolvabilité survenue *ex post facto*; et c'est le cas de tenir un langage analogue à celui de Papinien (3) : « *Nominis periculum ad creditorem pertinet.* »

Ainsi raisonnaient les bartolistes et d'autres encore; et certes on ne peut dire que cette argumentation ne soit pas serrée, vigoureuse et fondée sur des textes importants.

Pothier, cependant, enseignait une doctrine différente. Si la caution devient insolvable, disait-

---

(1) Ulp., l. 4, D., *De hæred. vel act. venditâ.*

(2) Mon com. de la *Vente*, t. 1, nº 416.

(3) L. 96, § 2, D., *De solut.* (lib. XI Respons.).

il(1), il est certain que le débiteur en devra fournir une autre toutes les fois que la caution est judiciaire ou légale.

Mais si elle est conventionnelle, une distinction sera faite. Me suis-je obligé indéterminément à donner une caution? son insolvabilité ultérieure m'obligera à en donner une autre.

Me suis-je, au contraire, obligé sous la caution d'un tel, ou bien ai-je promis que je donnerais un tel pour caution? peu importe l'insolvabilité future; je n'en suis pas tenu; j'ai promis de donner pour caution celui que j'ai donné.

214. Les rédacteurs du Code civil se sont trouvés placés en présence de ces deux opinions; ils avaient à choisir. Ont-ils sanctionné la distinction tranchée de l'école des bartolistes entre la caution judiciaire ou légale et la caution conventionnelle? M. Merlin l'enseigne (2). Mais c'est une distraction. Il suffit de voir la discussion du conseil d'État (3) et de lire les termes de notre article pour être convaincu que le Code a voulu (et a voulu en connaissance de cause) que le débiteur fût garant de la solvabilité future, aussi bien dans le cas de cautionnement conventionnel que dans le cas de caution judiciaire et légale.

Dans le projet de Code civil, en effet, tel qu'il fut soumis au conseil d'État, l'article 10 proposait d'adopter le système des bartolistes, et ce système

---

(1) N° 392.

(2) Répert., v° *Caution*, § 11, n° 11.

(3) Fenet, t. 15, p. 10 et suiv.

fut défendu par M. Treilhard, M. Berlier, M. Bigot, avec beaucoup de force ; il échoua cependant après une vive discussion, et il fut décidé que le projet d'article 10 serait remplacé par une autre rédaction portant que le débiteur devrait garantie jusqu'à l'exécution effective de l'obligation. A-t-on bien fait? a-t-on mal fait? N'a-t-on pas rendu fort dure la condition du débiteur? C'est possible. Mais la loi existe, claire et formelle ; il ne faut pas lui enlever son énergie.

215. Il y a plus. Pothier, tout en s'écartant de la distinction des bartolistes, renfermait cependant la garantie du débiteur dans des limites restreintes ; il ne voulait pas qu'il fût recherché dans tous les cas où, au moment du contrat, il avait donné pour caution telle personne ; il voulait aussi qu'il fût exonéré quand il avait promis le cautionnement d'une personne désignée et qu'il réalisait sa promesse. En un mot, il n'étendait à la caution conventionnelle la garantie de l'insolvabilité future que dans l'hypothèse unique où le débiteur avait promis de donner indéterminément une caution.

Ces exceptions sont-elles passées dans l'article 2020? Nullement.

Toutefois, le projet adopté au conseil d'État (1) paraît avoir été voté dans ce sens, à en juger par la discussion (2). Mais, lors des remaniements qu'il subit pour être communiqué au Tribunat (3), une

---

(1) Fenet, t. 15, p. 16.

(2) V. M. Regnaud ; Fenet, t. 15, p. 10.

(3) Fenet, t. 15, p. 25, art. 10.

rédaction plus énergique fit disparaître ces limites. L'art. 2020 veut, dans son texte définitif, que la garantie de l'insolvabilité future ne cesse que dans un seul cas, savoir, lorsque le créancier a exigé une telle personne pour caution. Alors le créancier, qui a fait lui-même le choix du fidéjusseur, en est responsable ; il ne peut s'en prendre qu'à lui des évènements ultérieurs qui trompent ses calculs. Dans tous les autres cas, il est censé n'avoir accepté la caution que sous la condition qu'elle demeurera solvable jusqu'à la fin (1).

216. Il y a cependant encore une situation où, à mon avis, le débiteur n'est pas garant de l'insolvabilité future : c'est lorsque le débiteur contracte sous la caution d'un tel. Cette situation, prévue par Pothier et exceptée par son esprit judicieux de la rigueur qu'il étendait sur le débiteur, n'est pas atteinte par l'art. 2022. Remarquons-le bien : l'art. 2022 fait suite aux articles 2018 et 2019, qui n'ont en vue que l'obligation de fournir caution et les conditions de son accomplissement. L'art. 2020 les complète et leur sert de couronnement. Comme eux, il ne concerne que les cautions ordonnées par justice et par la loi, ou promises par un engagement volontaire spécial. Mais il est étranger, comme les articles 2018 et 2019, à la caution qui se présente au moment du contrat et au débiteur qui contracte sous sa foi et sa garantie. C'est ce que prouve par surabondance le texte lui-même de l'article 2020 ; car il ne parle que de la caution *reçue*

(1) M. Ponsot a très bien expliqué ce point, n° 168.

par le créancier volontairement ou en justice, et ce mot *reçue* indique la préexistence d'une obligation spéciale en vertu de laquelle la caution a été présentée et reçue, et dont cette réception a été l'acquittement.

A cette argumentation textuelle vient se joindre l'esprit de la loi. Il y a une grande différence entre l'hypothèse où le débiteur a contracté l'obligation de fournir une caution, et celle où la caution vient accéder au contrat principal sans engagement formel antérieur. Dans le premier cas, le débiteur s'est personnellement engagé à un fait précis, c'est-à-dire à apporter une caution, et l'on conçoit qu'une garantie lui soit imposée. Mais, dans le second, le débiteur n'a pas contracté d'engagement de cette nature. La caution est venue par dévouement, peut-être même spontanément et sans ordre du débiteur (1), pour fortifier son crédit et ajouter ses promesses aux siennes. Ce contrat, purement unilatéral, n'est pas la conséquence d'un engagement particulier pris par le débiteur envers le créancier; dès lors le débiteur n'a rien à garantir. Quoi! lorsque la caution peut se porter telle sans ordre et même à l'insu du débiteur, on voudrait que ce débiteur en demeurât garant (2) !!

Essaiera-t-on d'aller puiser un argument dans l'art. 2131 qui, lors même que l'hypothèque n'a pas

---

(1) Art. 2014, *suprà*.

(2) Le président Favre dit très bien : « Fidejussor est amicus debitoris, nec nisi ut amici officium impleat, *offert se fideussorem*. » Sur la loi 81, D., *De cont. empt.*

été donnée par suite d'une obligation antérieure, veut cependant, dans tous les cas, que si elle devient insuffisante par la suite pour la sûreté du créancier, celui-ci puisse obtenir un supplément d'hypothèque? Mais la parité manque entièrement, quoiqu'au premier aperçu l'analogie paraisse frappante. L'hypothèque est le fait même du débiteur; il doit l'entretenir par les mêmes raisons qui l'obligent à entretenir la caution alors qu'il s'est engagé à en donner une. Au lieu que, lorsque le contrat se fait tout d'abord sous la caution d'un tel, le cautionnement est le fait du fidéjusseur; c'est son œuvre, c'est l'expression de son bon vouloir pour le débiteur; mais ce n'est pas le fait du débiteur, et dès lors celui-ci n'en est pas tenu envers le créancier.

Il est donc évident que l'art. 2020 est l'appendice de l'art. 2018, et qu'il n'est applicable que dans le cas prévu par cet article. Sous ce nouveau rapport, l'opinion de Pothier est passée dans le Code civ. (1).

217. Maintenant, recherchons sous un autre point de vue la portée de l'art. 2020. Le cas qu'il prévoit n'est pas celui d'une simple diminution de sûreté qui viendrait, inopinément et après coup, rendre moins bonne la situation que le créancier s'est faite; c'est le cas d'une insolvabilité qui réduit à rien les garanties promises; c'est, comme disait énergiquement le jurisconsulte Paul : *calamitas*

---

(1) Pigeau, t. 2, p. 306, 308.
Delvincourt, t. 3, p. 143 (notes).

fidejussorum insignis, *vel magna inopia* (1) ; ou Papinien : *rem familiarem inopinatæ fortunæ impetu amiserit* (2). L'art. 2020 impose au débiteur un devoir rigoureux ; il veut que ce débiteur cherche et trouve une autre caution, à peine de voir résoudre le contrat primitif : *ex integro satisdandum*. Mais l'accomplissement de cette obligation sévère est subordonné à une condition : c'est que la caution soit devenue insolvable. Si sa solvabilité n'a fait que décroître sans être éteinte, s'il n'est pas survenu au fidéjusseur un de ces désastres dont parlent Paul et Papinien, et qui renversent la fortune d'un homme, le créancier n'est pas fondé à exiger une caution nouvelle : *ex integro satisdandum*. L'article 2020 n'est pas applicable ; il n'est fait, nous le répétons, que pour le cas où la garantie ayant manqué pour le tout, il en faut une autre pour le tout.

218. Est-ce à dire cependant que si les garanties assurées au créancier deviennent insuffisantes, quoiqu'elles ne manquent pas absolument, celui-ci devra supporter sans se plaindre ce manquement aux promesses données ? Non sans doute. Il ne faut pas que le créancier reste découvert, même partiellement. Mais ce n'est pas dans le remplacement de la caution que se trouve le remède, c'est dans un simple supplément de caution. Le débiteur sera tenu, non pas *ad satisdandum ex integro*, mais à

---

(1) L. 10, § 1, D., *Qui satisdare.*
(2) L. 4, D., *Ut in possess. legat.*

ajouter à la garantie existante un cautionnement partiel nécessaire pour couvrir le déficit partiel dont le créancier a à se plaindre. L'article 2131, que nous repoussions tout à l'heure dans un cas différent du nôtre (1), reparaît ici; il a maintenant autant d'à-propos qu'il en avait peu il n'y a qu'un instant, et il conduit à cette solution équitable par une invincible analogie. Ce qu'il décide pour le cas où le débiteur a constitué une hypothèque et où l'immeuble hypothéqué éprouve des dégradations qui diminuent les sûretés primitives, la raison veut qu'on l'étende au cas où le cautionnement est donné par lui en vertu d'une obligation antérieure. Il y a même nécessité d'octroyer un supplément de cautionnement qu'un supplément d'hypothèque (2).

219. Mais remarquez que le créancier ne devra pas s'armer d'une sévérité minutieuse et par cela même outrée; car, avec du rigorisme, on frapperait d'immobilité la fortune d'une caution et on enchaînerait sa liberté de contracter pour les choses les plus nécessaires (3). Ulpien donne à ce propos un conseil élégamment exprimé et sagement conçu : « *Neque enim oportet per singula momenta* » *onerari eum à quo satis petitur* (4). » Il ne faut pas qu'une caution soit réduite à la dure nécessité de ne pouvoir disposer de son bien pour les opérations

---

(1) N° 216.

(2) *Junge* M. Ponsot, n° 169.

(3) Mon com. des *Hypothèques*, n° 544, t. 2.

(4) L. 3, § 3, D., *Ut in possess. legat.*

les plus utiles et les plus sages de la vie civile. Un créancier équitable et modéré ne devra s'émouvoir que lorsque des atteintes sérieuses viendront compromettre la situation de la caution ; il ne fatiguera pas à chaque instant le débiteur de ses craintes tracassières et exagérées.

Par exemple, le fidéjusseur est investi d'une tutelle et ses biens sont frappés d'une hypothèque légale. Est-ce à dire que son crédit sera ébranlé et sa fortune diminuée par cette hypothèque de précaution ? Devra-t-on écouter le créancier qui se fonderait sur cette circonstance pour demander un supplément de cautionnement ? Personne ne le soutiendra. Un fidéjusseur se marie et reçoit une dot considérable qui augmente son aisance, mais qui grève tous ses immeubles d'une hypothèque légale ; ne serait-il pas déraisonnable de prétendre que les garanties données au débiteur sont par-là même devenues insuffisantes (1) ?

220. Au cas d'insolvabilité de la caution, prévu par notre article, faut-il assimiler le cas où le cautionnement s'anéantit par la confusion qui s'opère lorsque le principal débiteur hérite purement et simplement de la caution, ou quand la caution hérite purement et simplement du débiteur (2) ?

M. Ponsot enseigne l'affirmative (3), par la raison que l'absence de toute caution est la plus com-

---

(1) M. Duranton, t. 18, n° 329.
(2) *Infrà*, n°s 466 et suiv.
(3) N° 174.

plète des insolvabilités qui puissent vicier le cautionnement.

Je ne goûte pas entièrement ce motif.

Que le cautionnement s'éteigne en une certaine manière, je l'accorde. *Obligatio fidejussionis exstincta est*, dit Papinien (1). Que la réunion de la qualité de débiteur principal et de caution sur la même tête puisse, dans certains cas, porter préjudice au créancier, à cause de la confusion des patrimoines, c'est encore ce qu'on ne peut nier (2). Aussi Papinien conseillait-il à ce créancier de pourvoir à ses intérêts en demandant la séparation des patrimoines (3). Mais je ne pense pas, et rien n'indique dans les ouvrages de Papinien, que le créancier soit fondé à exiger une caution nouvelle (4). *Fidejussor non semper in expedito est*, disent les docteurs; ce n'est pas chose facile à trouver qu'une caution! Faudra-t-il donc tout remettre en question, et ébranler, sans nécessité absolue, les droits acquis au débiteur? On conçoit cependant que, dans le cas où la caution devient insolvable, la loi ne s'arrête pas devant ces difficultés. Il y a péril; il y a nécessité; il faut y pourvoir par la dation d'une autre caution. C'est l'unique moyen de ne pas laisser le créancier découvert. Mais, ici, se trouve-t-on réduit à cette extrémité? Le créan-

---

(1) L. 3, D., *De separat. Infrà*, nos 468, 473.

(2) Papinien, l. 3. D., *De separat. Infrà*, n° 473.

(3) Même loi.

(4) *Infrà*, n° 480.

cier n'a-t-il pas un remède à côté de lui : la séparation des patrimoines (1) ? Pourquoi refuserait-il d'y recourir? Pourquoi, sans cette nécessité, sur laquelle l'art. 2020 est fondé, voudrait-il obliger le débiteur à renouveler le cautionnement?

221. Un autre cas est prévu par les lois romaines. Une caution étant donnée en vertu de l'ordre du préteur et d'une stipulation prétorienne (par exemple une caution *judicatum solvi* (2)), le stipulant vient à hériter de cette caution et il y a extinction par confusion. Le débiteur pourra-t-il être forcé à donner une autre caution?

L'affirmative n'est pas douteuse en droit romain (3). Qu'importe que la confusion s'opère dans la personne du créancier? Il doit y avoir une caution, le préteur l'a ordonné, et il n'y en a plus ; il en faut, par conséquent, une nouvelle.

Je ne crois pas que cette jurisprudence soit admissible dans notre droit. Le titre du cautionnement est une œuvre complète, qui a réglé législativement les cas où la caution doit être renouvelée. Or, le seul cas que l'article 2020 ait voulu admettre pour obliger le débiteur à un renouvellement toujours difficile et grave, c'est l'insolvabilité. L'extinction du cautionnement par confusion est en dehors de cette prévision. Nous pensons donc que le débiteur ne doit pas être recherché (4).

---

(1) Art. 878 et 2111, C. c.

(2) *Suprà*, n° 214.

(3) Ulp., l. 8, § 3, D., *Qui satisd.* V. Favre.

(4) *Junge* M. Ponsot, nos 176 et 319. *Infrà*, n° 482.

222. C'est pourquoi nous avons soutenu, au n° 200, que le simple changement de domicile de la part de la caution n'est pas une circonstance suffisante pour exiger du débiteur le renouvellement de la caution. Le créancier peut se protéger en forçant la caution à reprendre son ancien domicile, ou à en élire un dans le ressort de la cour royale qu'elle a quittée. Mais appliquer à ce seul fait l'obligation rigoureuse de l'article 2020, c'est ce qui me paraît faire violence à l'esprit et au texte de cet article.

223. On lit dans le Répertoire de M. Merlin (1) que lorsque la caution vient à mourir, le débiteur est tenu d'en donner une autre comme dans le cas d'insolvabilité ; et, au premier coup d'œil, on pourrait croire que cette opinion trouve un fondement solide dans ce passage des écrits de Papinien : « *Planè si nova causa allegatur, veluti quòd fidejussor decesserit, aut aliam rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit, æquum erit præstari cautionem* (2). » Mais, d'une part, cette doctrine n'est pas admissible en présence de l'article 2017 du C. c. qui transmet à l'héritier la charge du cautionnement (3). D'autre part, il faut savoir que le texte de Papinien dont on argumente ne doit être entendu, suivant Cujas, que du cas où le fidéjusseur est décédé sans héritier ni successeur connu (4).

---

(1) V° *Caution.*

(2) L. 4, D., *Ut in possess. legat.*

(3) *Suprà*, n°s 170, 171.

(4) Sur Papinien, lib. 28 *Quæst.*

Car, en principe, la fidéjussion avait été introduite, à Rome, après la *sponsio* et la *fidejussio*, avec un caractère incontesté de transmissibilité aux héritiers de la caution décédée (1).

---

(1) *Suprà*, nos 170 et 171.

CHAPITRE I.

DE L'EFFET DU CAUTIONNEMENT.

SECTION PREMIÈRE.

De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.

ARTICLE 2021.

La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.

SOMMAIRE.

224. En droit strict, le créancier ne devrait avoir aucune exception à redouter lorsqu'il lui plaît d'actionner le fidéjusseur plutôt que le débiteur principal.
225. Introduction du bénéfice de discussion par Justinien.
226. Suite.

227. Il n'est pas accordé aux argentiers fidéjusseurs.

228. Mais Justinien permet aux argentiers de stipuler que ceux qui cautionnaient leurs débiteurs renonceraient au bénéfice de discussion.

229. Le droit français admet le bénéfice de discussion, mais il permet d'y renoncer. Plusieurs jurisconsultes le considèrent comme *de apicibus juris civilis*.

230. Le Code civil l'a admis ; il est conforme à l'équité ; c'est un procédé humain.

231. Néanmoins la discussion du débiteur n'est pas un préalable qui rende le créancier absolument non recevable lorsqu'il agit *primâ fronte* contre la caution. — La preuve, c'est que le fidéjusseur doit demander la discussion *in limine litis*.

Le bénéfice de discussion est moins un droit qu'une faveur.

L'obligation du fidéjusseur n'en reste pas moins pure et simple.

232. Il n'est pas vrai que le créancier ne puisse poursuivre le fidéjusseur qu'autant qu'il a mis le débiteur en demeure.

233. Le bénéfice de discussion n'a pas lieu dans les matières de commerce entre commerçants.

234. Le bénéfice de discussion n'a pas lieu quand il est notoire que le débiteur est insolvable.

Renvoi à l'art. 2023.

235. Autre cas où cesse le bénéfice de discussion.

236. Autre.

237. Autre.

238. Autre.

239. De la renonciation au bénéfice de discussion.

240. Des renonciations virtuelles et tacites.

Du fidéjusseur qui s'oblige *comme débiteur principal*.

De quelques clauses de style.

241. Le fidéjusseur qui s'oblige *solidairement* renonce au bénéfice de discussion.

242. Le certificateur de caution qui s'oblige pour une caution

qui a renoncé au bénéfice de discussion n'est pas censé y avoir renoncé pour lui-même.

243. Des conditions auxquelles est surbordonné le bénéfice de discussion.

244. But de la discussion.

245. Le créancier qui prétend que la discussion a été insuffisante doit le prouver.

Le fidéjusseur peut lui opposer qu'il a échoué par sa faute, et qu'il s'est mis par son propre fait dans l'impossibilité d'exercer utilement ses actions.

Renvoi pour ce dernier point.

246. Comment s'imputent les paiements partiels faits par le débiteur, alors que le créancier veut agir contre le fidéjusseur qui a prêté un cautionnement partiel.

247. Suite.

COMMENTAIRE.

224. Si le législateur avait voulu obéir à une logique inflexible, il aurait fait le raisonnement suivant. Le cautionnement a pour but d'étendre au fidéjusseur l'obligation principale. « *Idem fide » tuâ esse jubes ? — Idem fide meâ esse jubeo.* » Il a donc pour résultat nécessaire de permettre au créancier de s'adresser au fidéjusseur tout aussi directement qu'il a le droit de s'adresser au débiteur lui-même. Le cautionnement a mis deux obligés sous la main du créancier. Il est maître de choisir celui des deux qu'il lui est le plus commode ou le plus utile d'atteindre (1).

Ces idées, justes, rationnelles, conformes au but du cautionnement, ont longtemps inspiré le droit

---

(1) V. un passage de Pothier, n° 413.
Infrà, n° 534.

romain. Nous les trouvons en pleine vigueur à l'époque des Antonins, et, par exemple, on voit, en 209, Alexandre Sévère désapprouver la décision de ses procurateurs qui avaient ordonné à un créancier d'actionner le débiteur principal avant de recourir aux fidéjusseurs (1). « *Jure nostro*, dit Caracalla, *est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur* (2). » Cette jurisprudence se soutient du temps de Dioclétien : *Habeat creditor liberam electionem* (3). Aussi les fidéjusseurs qui voulaient se mettre à l'abri d'un recours direct et en premier ordre avaient-ils la précaution de ne s'engager que par la formule suivante : *Quantò minùs servari potuerit, fide tuâ jubes ? — Fide meâ jubeo* (4). Ou bien : *Si reus quadraginta, quæ ei credidi, non solverit, fide tuâ esse jubes* (5). C'est ce que les interprètes ont appelé *fidejussio indemnitatis* (6). Alors la discussion préalable était de droit ; elle était la condition formelle sous laquelle le fidéjusseur s'était engagé.

225. Mais sous Justinien il s'opéra un changement considérable. Ce prince, par une novelle cé-

---

(1) L. 4, C., *De fidejussoribus.*

(2) L. 5, C., *De fidejussorib.*

(3) L. 19, C., *De fidejussorib.*
Junge l. 23 (*loc. cit.*).

(4) Papinien, l. 52, D., *De fidej.*, et 116, D., *De verb. oblig.* V. aussi Scævola, l. 63, D, *De fidej.*

(5) L. 16, § 6 (Julianus), D., *De fidej.*

(6) Voët., *De fidej.*, n° 38.

lèbre (1), voulut que le créancier modérât son droit d'inquiéter la caution (elle qui n'avait rien reçu), plutôt que le débiteur principal, c'est-à-dire celui qui a profité de l'obligation et dans l'intérêt duquel le contrat a été passé : « *Sed veniat primùm ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit.* » Cette exception accordée à la caution est connue dans la jurisprudence sous le nom de *bénéfice de discussion.* Justinien, dans la préface de sa novelle, prétend qu'il ne fait que remettre en vigueur, en l'améliorant, une ancienne loi (2) tombée, on ne sait comment, en désuétude (3). Quelle est cette loi ? N'était-elle pas en vigueur du temps de Quintilien, et n'est-ce pas à elle que cet auteur fait allusion lorsque, après avoir fait ressortir la générosité de la caution et son obligation si pénible de payer les dettes d'autrui, il ajoute : *Non aliter, salvo pudore, ad sponsorem venit creditor quàm si recipere à debitore non possit* (4) ? Il est certain, du reste, qu'il n'en existe pas de trace dans les écrits des jurisconsultes romains qui sont parvenus jusqu'à nous. Cujas croit qu'elle est très ancienne et qu'il faut peut-être la reporter aux douze tables (5). Il en trouve des vestiges dans la correspondance

---

(1) Novelle 4, c. 1.
Infrà, n° 523.

(2) *Legem antiquam positam quidam olim.*

(3) *Usu verò, nescimus quemadmodùm, non approbatum.*

(4) *Declam.* 273.

(5) Exposition de la novel. 4 : « *Vetustissima enim est et forsitan* XII *tabularum.*

de Cicéron avec Atticus, et particulièrement dans la lettre 14 du livre 12, où le grand orateur dit à son ami : « Vous m'écrivez que vous avez été ap-» pelé en justice par Junius comme mon procureur. » Je ne sais si je suis caution de Cornificius père ou » de son fils. Consultez là-dessus les gens d'affaires » de Cornificius. Du reste, il n'y a rien à craindre. » Cornificius est riche. » *Quod scribis, à Junio te appellatum ; omninò Cornificius locuples est. Sed tamen scire velim, quandò dicar spopondisse et pro patre, anne pro filio ; neque eò minùs, ut scribis, procuratores Cornificii videbis* (1). »

Quoi qu'il en soit, Justinien nous apprend que cette antique loi était insuffisante en certains points : que, par exemple, en cas d'absence du débiteur principal, elle n'avait pas pourvu au droit du créancier en lui permettant d'agir avec assez de promptitude contre le fidéjusseur ; que Papinien (*Papinianus Maximus*), frappé sans doute des inconvénients qu'avait la longue procédure nécessaire pour discuter un absent (2), fut le premier à introduire l'usage de poursuivre en pareil cas, sans procédure préalable, les *sponsores*, *les intercesseurs et les fidéjusseurs* (3). Le nom de Papinien prononcé ici ne nous reporte-t-il pas à l'année 209 et à la loi 5 au C., *De fidejussorib.?* Serait-ce cette loi 5 qui

---

(1) Cicéron revient là-dessus, *epist.* 17 et 19 du livre 12 (édit. Panck., t. 23, p. 230, 241 et 242).

(2) Pothier, n° 410.

(3) Cap. 1 de la novelle 4.

aurait été préparée par Papinien et aurait hâté l'abrogation de la loi plus ancienne restaurée par Justinien ?

Quoi qu'il en soit, cette abrogation laissa toujours subsister l'ancien droit à l'égard du fisc. Cujas en fait la remarque, et il la corrobore par des textes nombreux (1).

226. Voilà donc le bénéfice d'ordre ou de discussion consacré par Justinien (2). Tout fidéjusseur inquiété par le créancier peut exiger que celui-ci discute d'abord le débiteur principal, de telle sorte qu'il n'ait d'action que pour ce qu'il n'aura pu recevoir de ce débiteur. En cas d'absence du débiteur, il ne faudra pas (comme le voulait Papinien) procéder avec une si grande promptitude contre le fidéjusseur. Il y a un milieu à prendre. Le juge accordera au fidéjusseur un délai raisonnable pour appeler en cause le débiteur défaillant et le faire comparaître. Passé ce délai, l'action suivra son cours contre le fidéjusseur.

227. Les argentiers cependant sont exceptés de cette concession faite à la cause si favorable des fidéjusseurs. Les argentiers fidéjusseurs continueront à pouvoir être actionnés en premier ordre

---

(1) L. *Moschus*, D., *De jure fisci.*
L. 1, C., *De conv. fisci debitor.*; l. 5, C., *De sent. et interl. jud.*

(2) Il y revient dans la préface de sa novelle 136. V. mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 796.

suivant le choix du créancier (1). Cette exception était commandée par la nature des services que les argentiers étaient appelés à rendre, et par la confiance qui devait s'attacher à leur intervention (2).

228. Mais ce corps puissant et âpre au gain ne put longtemps supporter sans réclamation une situation qui constituait les argentiers fidéjusseurs actuellement et directement responsables, tandis que si leurs emprunteurs leur donnaient des cautions, celles-ci pouvaient opposer l'exception de discussion. Ils portèrent leur doléance à l'empereur, qui pour les satisfaire leur permit de stipuler, dans les contrats de cautionnement qui seraient passés à leur profit, que le fidéjusseur renoncerait au bénéfice de discussion et consentirait à être recherché, « *non exspectato constitutionis gradu.* » Justinien considère qu'il est permis à chacun de renoncer à un droit introduit en sa faveur. « *Non videtur contra legem esse, propterea quòd unicuique integrum est his, quæ ipsi à lege data et concessa sunt, renuntiare* (3). » On pense bien que les argentiers profitèrent de cette permission et qu'ils firent subir à tous les fidéjusseurs de leurs débiteurs la condition de renoncer à la novelle.

229. Le droit français reçut assez tardivement

---

(1) Novelle 4, c. 3, § 1, *in fine*, et préface de la novelle 136. V. Pothier, *Pandect.*, t. 3, p. 336, n° 44.

(2) Marsili, n° 8.
Infrà, n° 233.

(3) Novel. 136, c. 1.
Et Pothier, *l c. cit.*

le bénéfice de discussion et on n'en trouve pas de trace dans Beaumanoir. En l'adoptant, il permit d'en atténuer la gêne pour le crédit, et généralisa le droit de renoncer à ce bénéfice (1). Les renonciations à la novelle, ou à l'authentique *Præsente* qui résume la novelle (2), furent extrêmement fréquentes (3). La coutume de Bourgogne crut même devoir abolir le bénéfice de discussion, tant il était devenu d'usage d'y renoncer dans les contrats (4). Il fut cependant conservé dans notre ancienne jurisprudence, sauf le droit d'y renoncer, et les auteurs ne manquent pas d'avertir que les clauses de renonciation, quoique presque de style, ont une importance sur laquelle il ne faut pas se faire illusion (5). Le bénéfice de discussion resta donc dans notre ancienne jurisprudence à titre de pure exception dilatoire (6), soumise à certaines conditions, médiocrement favorable (7) et placée au rang des moyens que l'on appelait *de apicibus juris* (8). La preuve de ce peu de faveur, c'est que lorsque la discussion était opposée à l'action du créan-

---

(1) Pothier, n° 409.
Coquille sur Nivernais, ch. 32, art. 10.
V. Bourbonnais, art. 114.
(2) Au C., *De fidej.*
(3) Dumoulin, *De usuris*, q. 7.
Marsil., n° 7.
(4) Art. 3 du tit. 5. Voy. la note de Dumoulin sur cet article.
(5) Pothier, n° 411.
(6) Marsili, n° 7.
(7) V. mon com. de l'art. 2170, *Hyp.*, t. 3, n° 796.
(8) Plumb., *De disc.*, n° 25, d'après Balde.

cier, celui-ci pouvait exiger que le fidéjusseur fournît les deniers nécessaires pour la faire. Le commerce ne l'admit pas, comme nous le verrons bientôt. Le droit canonique persista à le repousser (1).

230. Venons au Code civil.

Il n'a pas cru pouvoir refuser à la caution le bénéfice de discussion. Il lui a semblé que ce bénéfice n'était pas exempt de faveur et que peut-être il y avait quelque exagération à le placer au nombre des pointilles du droit civil. Il s'est rangé à l'opinion des juristes qui le défendaient comme conforme à l'équité (2), et des moralistes qui le conseillaient comme un procédé humain (3). Le bénéfice de discussion a été environné, d'ailleurs, de précautions qui en préviennent les abus. En indiquant au créancier que le principal débiteur doit être le premier objet de ses poursuites, il tend à simplifier la marche des affaires, à prévenir les recours de la caution contre celui qu'elle a cautionné, à éviter les complications de litiges et les procès (4).

231. Du reste, hâtons-nous de prévenir une erreur dangereuse en cette matière.

En rattachant l'art. 2021, qui consacre le bénéfice de discussion, à l'art. 2011 qui définit le cautionnement, il semblerait que le créancier, ne pou-

---

(1) Maur., p. 576, n° 81.

(2) Rot. gen., *décis.* 90, n° 10 : « *Imò excussio habet in se* » *summam æquitatem et opponi potest quandò de æquitate pro-* » *ceditur.* »

Infrà, n° 534.

(3) Quintilien.

(4) Favre, C., 7, 28, 1.

vant agir contre la caution que sous la condition que le débiteur principal n'a pas satisfait lui-même à l'obligation, est dans la nécessité absolue de discuter le débiteur avant de rechercher la caution, attendu que la discussion est la seule preuve radicale que le débiteur est impuissant à payer.

Mais ce raisonnement serait vicieux. L'art. 2011 ne dit pas que le fidéjusseur ne se soumet à payer qu'autant que le débiteur ne satisfait pas, ne peut pas satisfaire et ne satisfera pas à son obligation. Il n'exige que la circonstance seule et unique que le débiteur ne satisfasse pas actuellement à ce qu'il doit. Or, la discussion n'est nécessaire que pour prouver que le débiteur ne peut satisfaire et ne satisfera pas à l'obligation; elle est inutile pour établir qu'il n'a pas payé. Le défaut de paiement actuel est un fait qui n'a pas besoin d'une procédure aussi dispendieuse que celle de la discussion d'un patrimoine pour être mis en lumière.

Aussi l'art. 2022 déclare-t-il que la discussion du débiteur principal n'est pas un préliminaire dont l'omission rende non recevable l'action du créancier contre le fidéjusseur. Cet article établit en termes exprès que cette action est parfaitement recevable, tellement que si le fidéjusseur ne demande pas *in limine litis* la discussion du débiteur, l'action doit suivre son cours. Il suit de là que l'exception de discussion est moins un droit qu'une faveur, et qu'on a raison de l'appeler bénéfice de discussion (1). Elle ne découle pas de l'essence de la

(1) *Suprà*, n° 23; *infrà*, n° 534.

fidéjussion. C'est pourquoi il ne faut pas confondre l'obligation pure et simple du fidéjusseur (1) avec les clauses suivantes dont le droit romain nous donne des exemples : *Quantò minùs servari potuerit fide tuâ jubes* (2). Par de telles stipulations, le créancier était obligé de droit à discuter le débiteur. La caution n'était tenue que sous cette condition : *si à Titio exigi non poterit* (3). Il ne suffisait pas que le débiteur principal ne payât pas ; il fallait qu'il fût constant qu'il ne pouvait pas payer ; il fallait, en un mot, une discussion en forme, sans quoi l'action du créancier était mal intentée et non recevable. *Ante Titium excussum non rectè petetur* (4).

Le cautionnement, dans son état normal, ne contient pas en soi une condition pareille (5). Le fidéjusseur ne dit pas : « *Je paierai si Titius, débiteur principal, ne peut payer.* » Si donc le bénéfice de discussion lui est accordé, ce n'est pas à titre de droit ; ce n'est qu'à titre d'humanité, de faveur pour une personne qui s'est engagée à payer la dette d'autrui.

232. Mais du moins ne faudra-t-il pas que le créancier, pour poursuivre dûment la caution, jus-

---

(1) Pothier, n° 413.
(2) Papinien, l. 52, D., *De fidejuss.*
Le même, l. 116, D., *De verb. obligat.*
Scævola, l. 63, D., *De fidejuss.*
(3) Papin., l. 116, D., *De verb. oblig.*
(4) *Id.*
(5) *Suprà*, n° 23.

tifie qu'il a constitué le débiteur principal en demeure de satisfaire à son obligation? Sans quoi la caution ne pourra-t-elle faire déclarer le créancier non recevable quant à présent?

L'affirmative est enseignée par M. Delvincourt. Cet estimable professeur veut que le créancier soit repoussé dans son action s'il n'administre pas la preuve de la mise en demeure du débiteur. Il se fonde sur les dernières expressions de l'art. 2011 du C. c., et sur la loi 16, § 6, au D., *De fidejussoribus* (1). M. Zachariæ (2) et M. Ponsot (3) estiment au contraire que cette opinion, presque universellement condamnée par la pratique, prête à l'art. 2011 un sens qu'il n'a pas, et ajoute à la loi des formalités inutiles.

Que dit donc la loi romaine invoquée par M. Delvincourt? Julianus s'occupe d'un fidéjusseur ainsi engagé : *Si reus quadraginta quæ ei credidi, non solverit, fide tuâ esse jubes?* Et il se demande si la demeure du débiteur nuit ou non à la caution. Sa réponse est celle-ci : « *Verisimile id actum, ut cùm appellatus reus non solvisset, fidejussor teneretur.* » Et c'est là la reproduction du principe écrit dans la loi 88, D., *De verb. oblig.* (4) : « *Mora rei fidejussori quoque nocet* (5). » Il suffit donc que le débiteur

(1) T. 3, suivi par M. Duranton, t. 18, n° 331.
(2) T. 3, p. 156.
(3) N° 33.
(4) Paul (lib. 6, ad Plautum).
(5) *Junge* Paul, l, 49, D., *De verb. oblig.*
Et Scævola, l. 44, D., *De operis libert.*

soit en demeure pour que le fidéjusseur y soit aussi par un contre-coup nécessaire. Mais quand la mise en demeure du débiteur n'est pas une circonstance préalable nécessaire pour établir qu'il n'a pas payé, une interpellation à sa personne devra-t-elle être faite pour que le fidéjusseur soit obligé? Nullement, et, par exemple, si le débiteur vient à mourir avant d'avoir été interpellé, le fidéjusseur n'en sera pas moins tenu. La condition de la fidéjussion doit s'entendre ici en ce sens : « si le débiteur n'a pas payé pendant sa vie. » Et puisque le débiteur est décédé sous le poids de sa dette, il est certain dès lors que le fidéjusseur doit répondre à sa place. « *Quia hoc quoque casu verum est reum non solvisse.* »

Ainsi, de quelque manière qu'il résulte que le débiteur n'a pas payé, l'action du créancier est bien fondée. La seule condition à laquelle le cautionnement est subordonné est celle-ci : Le débiteur a-t-il, oui ou non, payé comme il le devait? S'il n'a pas payé, l'action contre le fidéjusseur est bien intentée.

L'article 2011 n'a pas un autre sens.

Il est vrai que si le débiteur n'était tenu de payer qu'après une mise en demeure, la caution, qui peut se prévaloir de toutes les exceptions propres au débiteur (1), dirait au créancier qui n'a pas rempli cette formalité : *Mettez-vous en règle*, etc. En ce point, l'opinion de M. Delvincourt est excellente. Mais si la nature de l'obligation princi-

---

(1) Art. 2036.

pale n'exige pas la mise en demeure préalable, le fidéjusseur ne peut se prévaloir de ce que des démarches n'auraient pas été faites auprès du débiteur pour obtenir paiement. Il suffit que le débiteur ne paie pas, devant payer. Ce seul fait réalise la condition et rend l'action recevable.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour royale de Bordeaux du 18 août 1841 (1).

233. Voilà donc les parties en présence.

Il faut voir maintenant quel fidéjusseur a qualité pour opposer l'exception de discussion.

Et d'abord, le bénéfice de discussion n'est pas admis dans les matières commerciales, où la confiance, le crédit, la bonne foi doivent être exubérants. « *Eam non petitur bonæ fidei exuberantia inter » mercatores requisita* (2). » Cette exception n'y serait qu'une entrave à la marche des affaires qui doivent arriver promptement à conclusion. Il faudrait aller chercher au loin des débiteurs qui habitent des contrées transmarines, ou sont séparés les uns des autres par ces grandes distances que le commerce embrasse (3). D'ailleurs, dans les opérations de commerce, le cautionnement n'est pas toujours gratuit ; et comment alors le fidéjusseur pourrait-il s'abriter derrière une exception introduite par celui qui se charge généreusement de la dette d'au-

---

(1) Palais, 1842, p. 164.
M. Ponsot, n° 33.

(2) Casaregis, *disc.* 68, n° 14.
Emerigon, t. 2, p. 531.

(3) *Id.*, n° 16.

trui (1) ! Tous les auteurs s'accordent donc à reconnaître qu'entre marchands il n'y a pas lieu au bénéfice de discussion (2). On considère ce bénéfice comme une rigueur dont il ne faut pas user contre un créancier qui a promptement besoin de son argent, de sa marchandise, etc. On étend à tout le commerce ce que Justinien avait décidé à l'égard des argentiers (3).

C'est pourquoi nous voyons l'article 142 du C. de c. décider que le donneur d'aval est tenu d'une manière principale comme les tireurs et endosseurs de lettres de change (4).

Mais, remarquons-le bien, ces principes n'ont lieu qu'entre marchands ou personnes faisant acte de commerce. Le non négociant peut, sans difficulté, opposer le bénéfice de discussion au créancier commerçant envers lequel il s'est obligé comme caution dans la forme ordinaire (5).

234. 2° Le fidéjusseur ne peut opposer le bénéfice de discussion quand il est notoire que le débiteur

---

(1) *Id.*, n° 15.

(2) *Decis. rot. gen.*, 90, n° 3.
Marsil, n°s 8 et 12.
Maur., *De fidejuss.*, part. 2, sect. 6, cap. 2, n° 113.
Hering., *De fidej.*, part. 1, c. 27, n° 281.
Straccha, *De mercat.*, t. 8, n° 5.
Scaccia, § 2, glos. 5, n° 195.
MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, p. 561.
Mon com. du *Mandat*, n° 52.

(3) *Suprà*, n° 227.

(4) Scaccia, § 1, q. 17, n° 8, p. 305.

(5) Favre, C., 8, 28, 3.

principal est insolvable (1). Partant, l'article 2023, voulant donner une sanction à cette règle, a exigé du fidéjusseur qu'il indique les biens à discuter, et qu'il avance les deniers suffisants pour faire la discussion.

235. 3° Si le créancier était en même temps débiteur du fidéjusseur pour d'autres causes, et si, étant poursuivi pour payer, il offrait la compensation, le fidéjusseur ne pourrait en empêcher l'effet en opposant le bénéfice de discussion. — C'est l'opinion de Balde (2) et d'un grand nombre d'autres docteurs cités par Hering (3).

236. 4° Le fidéjusseur ne peut opposer le bénéfice de discussion quand il vient à hériter du débiteur principal (4) ; car il est tenu dès lors comme débiteur principal.

237. 5° Lorsque le fidéjusseur du vendeur trouble l'acquéreur par une action en revendication, et que celui-ci lui oppose la règle *Quem de evictione*, etc., le fidéjusseur n'est pas fondé à se prévaloir du bénéfice de discussion. Il n'y a que lui seul, fidé-

---

(1) Hering., c. 27, n° 199.
Bartole sur la loi *fin.*, D., *Si cert. petat.*
Marsili, n° 10.
Plumb., *De disc.*, n° 3.
Decis. rot. gen., 90, n° 3, *in fine*; et *decis.* 91, n°s 29 et 30.

(2) Sur la loi *Except.*, C., *De evict.*
Marsili, n° 11.

(3) C. 27, n° 313.

(4) Marsili, n° 20.
Hering., c. 27, n° 261.

jusseur, qui puisse satisfaire à l'obligation de défendre en retirant sa propre demande. Le bénéfice de discussion ne peut être invoqué que lorsque le débiteur principal peut acquitter la dette. Ici, le vendeur n'est pas l'auteur du trouble ; c'est le fidéjusseur qui le cause ; il doit le faire cesser sans moyens dilatoires (1).

238. 6° La caution judiciaire ne peut opposer le bénéfice de discussion (2).

239. 7° Enfin le fidéjusseur ne peut opposer le bénéfice de discussion quand il y a renoncé (3), ou lorsqu'il s'est engagé solidairement.

Nous avons exposé ci-dessus l'origine des renonciations au bénéfice de discussion (4). Les jurisconsultes, qui avaient vu dégénérer en clause de style des conventions ayant tant de gravité, avaient essayé d'en modérer l'abus. Ils auraient voulu qu'on n'eût aucun égard aux renonciations des femmes, des personnes rustiques et autres peu versées dans la connaissance des lois, et ignorant presque toujours l'existence des dispositions protectrices auxquelles on les faisait renoncer. Ils auraient voulu que les notaires eussent pris soin d'éclairer les parties sur leurs droits et sur la portée des clauses de renon-

---

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 461.
Pothier, *Vente*, n° 179.
Cujas sur la loi 11, C., *De evict.*

(2) Art. 2042. *Infrà*, n° 580.
Pothier, n° 409.

(3) Hering., c. 27, n° 186.

(4) *Suprà*, n°s 228, 229.

ciation; de telle sorte que ces clauses fussent sans valeur toutes les fois que le notaire n'aurait pas attesté dans l'acte qu'il avait renseigné les parties sur la nature et l'étendue de leur privilége (1).

Et ce n'était pas seulement l'ignorance des parties que redoutaient les jurisconsultes; c'était encore celle des notaires : « *Quòd notarii ut plurimùm sint ignorantes, etsi reperitur unus doctus et expertus, reperiuntur viginti quinque ignari et inexperti, nullam habentes notitiam similium beneficiorum* (2). »

Néanmoins, ces précautions finirent par devenir inutiles. On sentit qu'il n'était pas possible de faire une enquête sur chaque acte et un procès à chaque contrat. La mauvaise foi se prévalait, d'ailleurs, des doutes semés par la science dans l'intérêt de la bonne foi. On s'en tint à la règle que nul n'est censé ignorer la loi et que confiance doit être donnée aux actes publics. C'est aussi cette règle qui doit présider aujourd'hui à l'interprétation des clauses de renonciation. On le doit d'autant plus, que les notaires ne méritent plus les reproches adressés à leur devanciers, et qu'ils ont en général les lumières nécessaires pour apprécier ce qu'ils font et en faire comprendre aux parties la valeur et l'importance.

240. A côté des renonciations expresses se trouvent les renonciations virtuelles ou tacites.

---

(1) Marsili, nos 36, 37, 38.
Coquille cité *suprà*, n° 182.
(2) Marsili, n° 39.

On a agité, par exemple, la question de savoir s'il y a renonciation implicite dans la clause par laquelle le fidéjusseur déclare s'obliger *comme débiteur principal*, « *constituit se debitorem principalem* (1). » On cite la jurisprudence du parlement de Paris qui rejetait la renonciation, celle du parlement de Normandie qui l'admettait. Marsili donne la liste de plusieurs docteurs graves qui pensaient que le fidéjusseur pouvait se prévaloir du bénéfice de discussion ; mais il les réfute au nom de l'équité et de la rigueur du droit ; il demande si se constituer débiteur principal n'est pas se constituer débiteur plus énergiquement qu'à titre de simple fidéjusseur (2). Tel est aussi l'avis de Basnage et du judicieux Pothier. C'est celui que nous adoptons. Peut-on croire que cette clause ait été insérée pour n'avoir pas de sens? Est-ce qu'il ne faut pas lui conserver sa signification naturelle?

Mais on n'attacherait aucune valeur à ces expressions vagues : « *promettant, obligeant* et *renonçant* (3); » ou bien à celles-ci : « *avec les soumissions et renonciations requises* (4), » qui sont de pur style,

---

(1) Marsil., n° 62.
Hering., c. 27, n° 67.
Pothier, n° 409.
Basnage, *Hypothèq.*, ch. 4, p. 107, qui cite Dumoulin.
Bacquet, *Droits de justice*, c. 21, n° 256.
Et Charondas, *Répons.*, liv. 10, c. 56.

(2) N° 62.

(3) Pothier, n° 410.
Dumoulin, *De usuris*, q. 7, *in fine*.

(4) Favre, *Code*, 8, 28, 31.

et que les notaires intelligents ont soin de retrancher de leurs actes, parce que ce n'est qu'une phraséologie vide de sens. Les seules renonciations efficaces sont celles qui procèdent de l'intention des parties et non d'un vain formulaire stéréotypé.

241. Lorsque le fidéjusseur s'oblige solidairement, il renonce virtuellement au bénéfice de discussion (1). Mais est-il vrai qu'il n'a le rôle de caution que vis-à-vis du débiteur principal, et qu'à l'égard du créancier il est vrai débiteur principal? Quelques auteurs l'ont enseigné (2); mais nous verrons, dans notre commentaire de l'art. 2036, que cette opinion manque de justesse.

242. Quand une caution donne un certificateur, la clause de renonciation au bénéfice d'ordre n'est pas censée s'appliquer à ce dernier. Le président Favre cite deux arrêts du sénat de Chambéry (1603 et 1612) qui l'ont décidé ainsi. Comment, en effet, la renonciation au bénéfice de discussion serait-elle facilement admise de la part de celui qui n'a fait qu'affirmer que la caution était solvable? On comprend que le fidéjusseur renonce au bénéfice de discussion. Mais il implique contradiction qu'on actionne le certificateur avant de savoir si celui dont il a promis la solvabilité est solvable. La clause de renonciation doit donc être raisonnablement restreinte au fidéjusseur. On ne pourrait l'é-

---

(1) Textus *hic*.

(2) M. Duranton, t. 18, n° 332.

tendre au certificateur sans absurdité ou sans changer le caractère de sa promesse (1).

243. Lorsque le caution peut opposer le bénéfice de discussion, elle n'est reçue à le faire que sous différentes conditions :

1° Il faut qu'elle propose son exception sur les premières poursuites ;

2° Qu'elle indique au créancier les biens à discuter ;

3° Que cette indication ne porte que sur des biens d'une discussion facile ;

4° Qu'elle fasse l'avance des frais nécessaires à la discussion.

Nous nous bornons à indiquer ici ces conditions. Le développement de ces divers points de droit aura lieu dans le commentaire des articles 2022, 2023, 2024.

244. Le but de la discussion est de retirer des biens du débiteur tout ce qu'ils peuvent produire pour l'extinction de la dette (2). Elle renvoie le créancier à faire vendre ces biens pour les convertir en argent. Meubles, immeubles, créances, actions industrielles, tout, dans le patrimoine du débiteur, est bon pour arriver à cette extinction, et détourner du fidéjusseur le coup de la responsabilité directe. Il faut que le débiteur soit discuté *ad peram usque et sacculum*, comme disait autrefois

---

(1) Favre, en son *Code*, 8, 28, 46.

(2) Hering, c. 27, n° 3.

un proverbe scolastique (1). Car, suivant la définition que les docteurs en donnent, la discussion est *bonorum debitoris, usque ad peram facta, diligens inquisitio atque distractio* (2). Si la discussion procure des fonds suffisants à l'entier acquittement de la dette, le fidéjusseur est désormais déchargé. Si elle ne procure que des sommes insuffisantes, le fidéjusseur n'est tenu que pour la différence. Si elle ne produit rien, le fidéjusseur est tenu pour le tout.

245. Lorsqu'après une discussion insuffisante ou infructueuse le créancier revient contre la caution, il ne lui suffit pas d'alléguer qu'il n'a pas réussi, ou qu'il n'a réussi qu'en partie. Il doit être armé des pièces de la procédure, exhiber les procès-verbaux d'adjudication et de vente, les procès-verbaux de carence (3), et autres pièces qui attestent l'insolvabilité totale (4) ou partielle du débiteur, et excluent la possibilité de l'existence d'autres biens (5).

Et si le créancier a échoué par sa faute ou parce qu'il s'est mis hors d'état, par son propre fait,

---

(1) Favre, C., 8, 6, 28.
Infrà, n° 261.

(2) V. le petit traité *De discussione*, de Benoît de *Plumbino*, n° 1, à la suite des décis. de la rote de Gênes.

(3) Pothier sur *Orléans*, t. 20, n° 36.
Casareg., *disc.* 170.

(4) Plumb., *De disc.*, n° 10 et 13.

(5) « *Debet excludere possibilitatem existentiæ aliorum bonorum.* » Casaregis, *disc.* 170, n° 20.

d'exercer utilement ses actions contre le débiteur principal, le fidéjusseur vers lequel il retourne peut se faire une exception triomphante de cette situation (1). Nous insisterons plus bas sur ce point de droit; nous nous bornons ici à l'indiquer.

246. Lorsque le cautionnement ne couvre qu'une portion de la dette principale, et que d'un autre côté la discussion des biens du débiteur ne donne au créancier qu'une partie de ce qui lui est dû, il se présente une question d'imputation qui n'est pas sans gravité pour le fidéjusseur.

Posons un exemple :

Aurelius Romulus avait soumissionné la ferme de l'impôt pour la somme annuelle de 100. Petronius Thallus et autres l'avaient cautionné, mais pour cette somme seulement, et non pas pour les autres causes à raison desquelles il pourrait rester débiteur envers le fisc par suite de la ferme. Aurelius Romulus se laissa arriérer, et le fisc se trouva créancier de sommes importantes, tant pour le capital des 100 que pour les intérêts. Le fisc discuta ses biens; ils étaient insuffisants. Il fallut agir contre les cautions. Or, comme il vient d'être dit, celles-ci n'étaient pas tenues des intérêts; le capital seul pouvait donner lieu à un recours contre elles. Alors s'éleva la question de savoir si le produit des biens discutés devait être employé d'abord à éteindre les intérêts dus au

---

(1) Art. 2037.
Infrà, nos 523 et 495.
Pothier, *Oblig.*, n° 381.

fisc, et ensuite le capital, ou *vice versâ*. Petronius Thallus et ses consorts soutenaient (on le pressent facilement) qu'il fallait, avant tout, employer le produit de la liquidation à éteindre le capital; car par-là ils se trouvaient déchargés d'autant, et si le produit était suffisant pour remplir le fisc, ils demeuraient quittes. Tandis que si on commençait par payer les intérêts, moins de latitude restait pour éteindre le capital, et il y avait plus de chances pour les atteindre. La question fut soumise à l'empereur, qui, d'après le récit de Paul, décida qu'avant tout, il fallait employer la liquidation à payer les intérêts. « *Quidquid ex bonis fuisset redactum, priùs in usuras cedere, reliquum in sortem; et ità in id quod defuisset, fidejussores conveniendos, exemplo pignorum à creditore distractorum* (1). »

Cette décision n'est-elle que l'application de cette règle générale qui veut que le paiement s'impute d'abord sur les intérêts (2)? Beaucoup l'ont pensé, et Godefroi tire du texte de Paul cette conclusion de droit : *Si quid debitor solverit, priùs in usuras cedit.*

Ce qui semble confirmer cette opinion, c'est l'exemple final donné par le jurisconsulte Paul. Il ne voit, dans le rescrit de l'empereur, qu'une application des principes suivis dans la vente des gages. C'est pourquoi le même Godefroi ajoute, toujours par forme de conclusion générale : « *Re-*

---

(1) L. 68, § 1, D, *De fidejussorib.* (lib. 3, *Decret.*).
(2) Art. 1254 C. c. L. 5, § 2, D., *De solut.*

dactum ex venditione pignorum, priùs in usuras imputetur debitas. Quod superest autem in sortem. »

Néanmoins Basnage est d'un autre sentiment. Il soutient que le rescrit de l'empereur est une décision de circonstance, déterminée par la faveur du fisc (1). N'est-ce pas procéder, en effet, comme si le fidéjusseur était tenu des intérêts? Quelle autre voie suivrait-on s'il s'était également engagé pour les intérêts? Est-il raisonnable de croire que l'imputation doive être la même alors que le fidéjusseur est obligé aux intérêts, ou alors qu'il ne l'est pas? Ne faut-il pas dire que lorsqu'il n'a cautionné que le capital, on prélèvera le capital sur les biens discutés?

Or, pourquoi en est-il autrement dans la loi 68, § 1, D., *De fidej. et mand.?* Par une singularité qui ne doit pas tirer à conséquence ; car elle était contraire aux principes généraux (2) : parce que les cautions du fisc étaient tenues des intérêts alors même qu'elles n'avaient promis que le paiement du capital. Ainsi raisonne Basnage.

Cette opinion me paraît porter jusqu'à l'exagération la faveur que mérite le fidéjusseur. Le but du cautionnement a été de venir en aide au créancier, et l'on renverserait les règles du droit commun pour venir en aide à la caution! Pourquoi donc faire une exception aux principes ordinaires de l'imputation? Est-ce que le débiteur serait maître d'imputer ses paiements partiels sur le capital par

(1) Chap. 3, p. 104, col. 2.
(2) Voir la loi 10, C., *De fidej.*

préférence aux intérêts, si le créancier n'y consentait pas ? Or, la caution, qui n'a à cet égard que ses exceptions, peut-elle être investie de droits plus étendus (1) ?

247. Ceci nous conduit à cette autre question :

Pierre doit 10,000 : Jacques le cautionne pour 5,000. On discute les biens de Pierre, qui ne produisent que 5,000. Le créancier aura-t-il recours contre Jacques pour les 5,000 qui restent? L'affirmative est certaine. Il serait sans doute commode pour le fidéjusseur d'échapper, par une imputation, aux obligations qu'il a acceptées. Mais où serait l'équité? On l'a pris pour fidéjusseur précisément afin que son cautionnement partiel garantisse, dans le total de la dette, la partie qui jusqu'à due concurrence ne serait pas payée ; et lorsqu'il a renvoyé le créancier à une discussion préalable, il est censé avoir contracté l'obligation de payer *quantò minùs servari potuerit* (2). Pourvu donc qu'on ne lui demande pas plus que ce qu'il a promis, il doit être prêt à satisfaire le créancier.

Le contraire a cependant été jugé par arrêt du parlement de Paris du 3 août 1709 (3), sous prétexte que le paiement doit s'imputer sur la

---

(1) M. Ponsot aussi combat Basnage, nos 115 et 544. *Infrà*, no 490.

(2) Arg. de la loi 52, D., *De fidej.*
Suprà, no 224.

(3) Brillon, v° *Caution*, no 253.
Augeard, t. 2, ch. 89.

dette la plus onéreuse (1), et que l'obligation contractée sous un cautionnement est plus onéreuse que celle qui est contractée purement et simplement. Mais cette règle est ici fort mal appliquée, et cet arrêt ne vaut rien. Il méconnaît l'intention qui a présidé au cautionnement, l'utilité que le créancier a voulu en retirer, les garanties que le fidéjusseur lui a assurées. Une convention a plus de droit au respect des magistrats que des règles générales faites pour d'autres cas et détournées de leur véritable but (2).

Article 2022.

Le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert sur les premières poursuites dirigées contre elle.

SOMMAIRE.

248. Le créancier a, de droit, une action principale contre le fidéjusseur. Il faut que ce dernier déclare vouloir se prévaloir du bénéfice de discussion.
249. L'exception de discussion ne peut être suppléée.
250. Cette exception doit être proposée sur les premières poursuites.
251. Suite.
252. Suite.
253. Suite.
254. Suite.
255. Suite.
256. Suite.

---

(1) L. 3, D., *De solut.*

(2) *Junge* M. Ponsot, n° 545

COMMENTAIRE.

248. Le bénéfice de discussion est une faveur. Le fidéjusseur doit faire connaître s'il a l'intention d'en user. Le créancier n'est pas dans l'obligation précise d'arranger sa poursuite de manière à actionner d'abord le débiteur principal, puis, subordonnément et *in subsidium*, le fidéjusseur. Il a action directe et principale contre le fidéjusseur, et ce n'est que par l'effet d'un privilége que ce dernier peut lui dire : « Allez épuiser les facultés du débi- » teur avant de recourir sur moi. »

249. L'exception de discussion est donc une de ces exceptions que le juge ne peut suppléer. Elle doit être formellement invoquée par la partie dans l'intérêt particulier de laquelle elle a été établie (1).

250. Mais peut-elle être invoquée en tout état de cause ? Ou bien faut-il que le fidéjusseur s'en prévale lors des premières poursuites?

Les opinions étaient divergentes dans l'ancien droit.

Les uns voulaient qu'elle pût être proposée en tout état de cause, même en appel (2) ; d'autres

---

(1) Arrêt du parlement de Paris du 1er sept. 1705, rapporté par Bretonnier sur Henrys.
Pothier, n° 410.
Favre, *Code*, 6, 35, 8.
Contrà Plumb., *De disc.*, n° 21.

(2) D'Olive, iv, 22.
Plumb., *De disc.*, n° 18.
Loyseau, ch. 8, liv. 3, n° 26.
Casaregis, *disc.* 171, n° 29.

qu'elle fût considérée comme exception dilatoire et que, par conséquent, le fidéjusseur qui aurait plaidé au fond sans l'avoir opposée fût censé y avoir renoncé (1).

Cette seconde opinion est celle que notre article a préférée. L'exception de discussion n'étant pas péremptoire, puisqu'elle ne détruit pas l'action, est couverte si elle n'est pas proposée sur *les premières poursuites*. Ce sont les expressions de la loi. Elles ont été introduites par suite d'un amendement du Tribunat (2). On a pensé qu'il ne fallait pas que le créancier fût le jouet de la caution ; le silence de la caution lors des premières poursuites a laissé le créancier se tracer sa voie ; serait-il raisonnable qu'elle vînt après coup la lui fermer ?

251. Ainsi, lorsque la procédure a suivi son cours en première instance, et qu'un appel le porte ensuite devant la cour royale, le fidéjusseur n'est pas recevable à exciper pour la première fois du bénéfice de discussion (3). Il y a évidemment renoncé, aimant mieux se défendre par d'autres moyens.

252. Ainsi encore, si la caution a laissé prononcer la validité d'une saisie-arrêt faite sur elle ; si, sur une

---

(1) Guy-Pape, q. 50, et autres docteurs par lui cités.
Pothier, n° 410, et sur *Orléans* (t. 20, n° 34).
Arg. de la loi 12, C., *De except.*
Mon com. des *Hyp.*, t. 3, n° 801.

(2) Fenet, t. 15, p. 28.
M. Merlin, Répert., v° *Caution*, § 4, n° 1.

(3) Cassat., 27 janvier 1839.
Toulouse, 30 avril 1836.

saisie de biens fonds, elle a laissé faire la notification; si elle a laissé vendre les meubles sur saisie-exécution ou sur saisie-brandon, dans tous ces cas, l'exception de discussion est perdue. Il y a renonciation tacite à s'en prévaloir (1).

253. Ainsi encore, si le fidéjusseur, au lieu d'exciper de la discussion, soutient que le créancier demande plus qu'il ne lui est dû, il est censé y renoncer. Il a préféré se défendre au fond, et, comme le disait M. Treilhard (2), « toute exception est cou» verte par une demande au fond. »

254. Mais en sera-t-il de même si le fidéjusseur commence par nier sa qualité de fidéjusseur ou l'existence même de la dette principale? A-t-il omis de se prévaloir de son exception sur les premières poursuites?

Bartole, Balde (3), Angelus, Alexandre, suivis par Marsili (4), enseignent l'affirmative; et c'est aussi la doctrine de Hering (5); M. Pigeau, sans les citer, professe, sous le C. c., une opinion conforme. Mais cette doctrine est trop rigoureuse, et voici pourquoi :

S'il n'y a pas de débiteur principal, il n'y a pas de caution; s'il n'y a pas de caution, il n'y a pas de bénéfice de discussion à invoquer. Avant tout donc, il faut savoir s'il y a une dette principale; et le

---

(1) M. Pigeau, l. 2, p. 5, t. 1, ch. 8, § 11.
(2) Fenet, t. 15, p. 40.
(3) Sur l'auth. *Contra qui*, C., *De non numeratâ pecun.*
(4) N° 19.
(5) C. 27, n° 210.

fidéjusseur qui soutient qu'il n'en existe pas n'est pas censé renoncer à son droit (1).

Lors même qu'il est reconnu qu'une dette principale existe, ne faut-il pas, avant de parler du bénéfice de discussion, de ce privilége particulier à la caution, savoir s'il y a une caution (2)? Et comment dès lors la caution qui nie sa qualité de caution pourrait-elle être censée avoir renoncé à un bénéfice qu'elle ne sera tenue d'invoquer que lorsqu'il sera certain qu'elle est investie de la qualité qui en est le principe?

255. De même, le fidéjusseur ne serait pas forclos s'il opposait au créancier un défaut de qualité, ou bien s'il soutenait que l'assignation est nulle (3).

256. A la règle que l'exception de discussion ne peut être proposée qu'*in limine litis*, Pothier, à la suite de nombreux docteurs (4), veut qu'on apporte une limitation pour le cas où les biens dont le fidéjusseur demande la discussion ne sont échus au débiteur principal que depuis la contestation en cause. Dans ce cas, Pothier pense qu'il ne saurait y avoir de forclusion, attendu que le fidéjusseur ne peut pas être censé avoir renoncé à une exception qui n'était pas encore née (5).

---

(1) M. Merlin, *loc. cit.*

(2) *Id.*

(3) Mon com. des *Hyp.*, t. 3, n° 801.

(4) Marsili les cite, n° 24 : ce sont Balde, Paul de Castro, Alexandre, etc., etc. V. aussi Favre, *Code*, 8, 6, 28.

(5) N° 411.

Cette opinion, combattue par M. Duranton (1) et M. Ponsot (2), me paraît cependant si équitable que je l'admets sans hésiter (3) avec MM. Merlin (4) et Zachariæ (5). L'art. 2022 n'a pas voulu l'impossible, et on ne doit pas lui prêter une rigueur aveugle.

Article 2023.

La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.

Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur.

SOMMAIRE.

257. Il ne faut pas que le bénéfice de discussion dégénère en cause de perte pour le créancier.
258. Précautions sages que le législateur a prises et qu'il devait prendre pour protéger le créancier.
259. Le fidéjusseur doit indiquer les biens sur lesquels il entend faire porter la discussion.

---

(1) T. 18, n° 337.
(2) N° 191.
(3) Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 802 (*bis*).
(4) Répert., v° *Caution*, § 4, n° 1.
(5) T. 3, p. 157, et note.

260. Il doit avancer les deniers suffisants pour faire la discussion.
261. Autre condition imposée par Justinien et non suivie dans le droit français.
262. De l'indication des biens. Cette indication peut comprendre des biens meubles ou immeubles.
263. Elle doit se faire en une fois.
264. Suite et limitation.
265. Ils ne doivent pas être d'une discussion trop difficile.
266. Ils ne faut pas qu'ils soient litigieux ou trop fragiles.
267. Il faut qu'ils soient dans la possession du débiteur.
268. Erreur du tribun Goupil de Préfeln à cet égard. Réponse de M. Chabot.
269. Différence entre l'art. 2023 et l'art. 2171.
270. Lorsque plusieurs se sont engagés solidairement et qu'un seul fidéjusseur a cautionné l'un d'eux, ce fidéjusseur peut-il demander que tous les débiteurs soient préalablement discutés?
271. De l'avance des frais. Fondement de cette obligation. L'ancien droit l'imposait comme le nouveau.
272. Mais il ne l'imposait que pour la discussion des immeubles. La loi nouvelle l'impose pour la discussion des immeubles et des meubles.
273. Du reste, l'avance des frais ne doit pas nécessairement être offerte par le fidéjusseur ; il suffit qu'il offre l'avance lorsque le créancier le requiert.
274. Entre les mains de qui doivent être déposés les frais avancés?
275. C'est au tribunal à fixer le montant des avances si les parties sont en désaccord.

COMMENTAIRE.

257. L'exception de discussion n'est pas une entrave capricieuse que la loi permette de jeter sur les pas du créancier. Elle n'est octroyée que sur la confiance que le créancier, en détournant ses

coups, ne perdra rien pour attendre et que le débiteur paiera ce qu'il doit.

Il ne suffit donc pas que le fidéjusseur dise vaguement au créancier : « *Actionnez avant tout le débiteur principal.* » A quoi bon, en effet, si le débiteur est insolvable, ou d'une discussion onéreuse et difficile? Pourquoi ces lenteurs et ces frais s'il n'y a pas espérance fondée que le débiteur fera face à ses engagements? Le cautionnement est-il, oui ou non, une garantie? Faut-il qu'il dégénère en déception?

258. Il y avait donc des précautions à prendre pour que la discussion des biens du débiteur restât ce qu'elle doit être : un bénéfice pour le fidéjusseur, et non un piége pour le créancier. L'art. 2023 organise ces précautions. Tout en veillant à la position intéressante du fidéjusseur, il n'oublie pas que le créancier est fondé en droit, et qu'une action bien et dûment intentée ne s'arrête pas sur des allégations hasardées et des possibilités fugitives.

Deux conditions sont imposées :

259. D'abord, le fidéjusseur doit indiquer au créancier les biens appartenant au débiteur principal sur lesquels il entend faire porter la discussion (1). Il est clair que le fidéjusseur ne rendra l'utilité de la discussion vraisemblable qu'autant

---

(1) Loyseau, *Garantie des rentes,* ch. 9, n° 4.
Et Deguerp., liv. 3, ch. 8, n° 19.
Basnage, ch. 16, *Hyp.*
Pothier sur *Orl.*, t. 20, n° 36; et *Oblig.*, n° 412 et suiv.

qu'il démontrera qu'il existe en réalité dans les mains du débiteur des biens libres à suffisance pour amortir la dette en tout, ou au moins en partie.

260. En second lieu, le fidéjusseur doit avancer les deniers suffisants pour faire la discussion. C'est là une sanction nécessaire pour couper court à toutes les cavillations et les chicanes dont le bénéfice de discussion serait l'occasion si le fidéjusseur pouvait en user sans mesure et sans condition (1). Un fidéjusseur ne sera pas tenté de recourir avec légèreté à cette exception ; il ne la fera pas dégénérer en temporisations abusives, si la procédure ne se fait qu'avec les deniers avancés par lui (2).

261. Justinien avait exigé une autre condition. Partant de cette idée, qu'une discussion trop difficile ne peut être imposée au créancier, qui en définitive ne fait qu'user de son droit, l'auteur de la fameuse Novelle 4 avait exigé que le bénéfice de discussion ne pût être opposé quand le débiteur était absent, à moins que le fidéjusseur n'offrît de le représenter dans le bref délai qui lui serait imparti par le juge. Ceci tenait à la longueur et aux ambages de la procédure qu'il fallait suivre à Rome pour discuter un absent. Comme notre procédure a simplifié ces difficultés, et qu'il n'y a pas plus de

(1) *Infrà*, n° 271.

(2) *Decis. rot. gen.*, 9, n° 4 ; Paul de Castro sur la loi 7, D, *Com.*

Journal des audiences, t. 1, l. 5, ch. 25.

Pothier, n° 414. *Infrà*, n° 271.

complication dans la discussion d'un absent que dans la discussion d'un débiteur présent, cette condition de la Novelle 4 a été depuis longtemps abrogée dans notre droit. Loyseau en a fait la remarque judicieuse (1), et Pothier ne l'a pas laissée échapper (2).

262. Revenons donc aux deux conditions de notre article, et commençons par l'indication des biens.

Cette indication peut porter sur des meubles comme sur des immeubles; elle peut embrasser toute la fortune du débiteur, ou seulement une partie de son patrimoine, suivant que cela est nécessaire pour arriver au paiement. Quelquefois il ne faudra rien omettre; il faudra pousser la discussion *ad peram usque et sacculum*, comme on disait proverbialement jadis (3). D'autres fois, quelques propriétés seront suffisantes pour désintéresser le créancier.

263. Mais il faut que la désignation se fasse en une fois; il ne serait pas régulier de procéder par indications successives; car ce serait un moyen d'éterniser la discussion. L'ancienne jurisprudence le voulait ainsi (4); le C. c. a la même pensée.

264. Nous nous relâcherions cependant de cette règle si les biens tardivement indiqués n'étaient

---

(1) *Loc. cit.*

(2) N° 410.

(3) Favre, *Code*, 8, 6, 28. *Suprà*, n° 244.

(4) Lamoignon, *Des discuss.*, art. 9.
Arrêt du 20 janvier 1701.
Bretonnier sur Henrys, t. 4, p. 34.
Pothier, n° 412.

survenus qu'*ex post facto*, par héritage ou autrement (1).

265. Les biens indiqués ne doivent pas être d'une discussion trop difficile. Telle a été la règle de tous les temps (2). S'ils étaient situés hors du ressort de la cour royale où le paiement doit être fait, ce serait aggraver la position du créancier. Ce dernier ne serait pas tenu d'accepter la discussion de pareils biens (3).

Je lis dans la discussion du conseil d'État :

« Le consul Cambacérès demande pourquoi le » créancier ne serait pas obligé de discuter les » biens que le débiteur peut avoir hors de l'ar- » rondissement du tribunal d'appel. »

M. Bigot de Préameneuf répond : « qu'il a tou- » jours été reçu que le créancier n'est pas tenu de » discuter les biens situés à une si grande dis- » tance que la discussion en devienne et trop dis- » pendieuse et trop embarrassante (4). »

266. Il ne faut pas, *à fortiori*, que les biens indiqués soient litigieux (5), ou grevés de charges absorbantes, d'hypothèques nombreuses, de droits de résolution ; il ne faut pas qu'ils consistent en créances douteuses. « *Si debitoris excutiendi*, dit le président

---

(1) *Contre*, M. Ponsot, n° 195.
(2) *Suprà*, n° 261.
Marsili, n° 18.
Plumb., *De disc.*, n° 3.
(3) Lamoignon, *Des discussions*. Plumb., *De disc.*, n° 7.
(4) Fenet, t. 15, p. 16.
(5) Plumb., *De disc.*, n° 6.

» Favre, *bona omnia sint in obscuris actionibus, pro ex-* » *cusso habendus est* (1). » Le créancier a droit à recevoir son dû, et ce serait le payer d'une mauvaise monnaie que de le renvoyer à des procès à soutenir. *Ne alioquin pro pecuniâ litem accipere cogatur*, dit encore ce même magistrat.

267. Ce n'est pas tout. Lors même que les biens indiqués sont hypothéqués à la dette dont le créancier veut se faire payer par la caution, celle-ci ne peut le renvoyer à les faire vendre en premier ordre qu'autant qu'ils sont encore dans la possession du débiteur principal. Telle est la disposition de notre article. S'ils étaient passés par vente et autre aliénation dans les mains de tiers détenteurs, la caution ne serait pas fondée à en exiger la discussion (2). La situation d'un tiers détenteur n'est pas moins intéressante que celle d'une caution, et il ne serait pas juste que le fidéjusseur, lui qui est tenu par un lien personnel, fît retomber tout le poids de la responsabilité sur un tiers détenteur qui n'a rien promis et n'est tenu qu'à cause de la chose.

C'est ainsi que, d'après l'article 2171 du Code civil (3), le tiers détenteur, poursuivi par action réelle, ne peut demander la discussion préalable des autres biens hypothéqués à la même dette qu'autant qu'ils sont restés dans la main du débiteur. Dans le cas où ils sont aliénés, il doit subir les

---

(1) C., 8, 6, 29.

(2) Pothier, *sur Orl.*, t. 20, n° 37 ; *Obligat.*, n° 411.

(3) Mon com. des *Hypoth.*, t. 3, n° 800.

conséquences de l'action réelle. Car de quel droit exigerait-il que l'action fût reportée sur un autre détenteur? Comme tous les tiers sont d'égale condition, il arriverait que le second tiers détenteur, qu'on voudrait rendre le plastron de la poursuite, userait du même privilége que le premier; il se prévaudrait au même titre de l'exception de discussion, et le créancier, placé entre des forces contraires d'une égale puissance, se trouverait semblable à l'âne de Buridan : qu'on me permette cette comparaison célèbre dans les écoles du moyen âge.

Il en serait de même si la caution insistait pour la discussion des tiers détenteurs. Les tiers détenteurs seraient fondés à lui dire : « Ce privilége que » vous réclamez, pourquoi ne l'aurions-nous pas » aussi contre vous? Ne sommes-nous pas encore » plus dignes que vous de la protection de la loi? » Nous sommes-nous obligés personnellement à la » dette, ainsi que vous l'avez fait? Et quelle sera » la position du créancier si, renvoyé par vous de » notre côté, nous le renvoyons à notre tour chez » vous? »

Le législateur a donc bien fait de tenir l'équilibre entre les cautions et les tiers détenteurs; il a bien fait de vouloir qu'entre la caution et le tiers détenteur, ce dernier ne fût pas nécessairement la victime préférée. C'est au créancier à faire son choix. S'il croit convenable d'agir contre la caution, rien ne saurait l'en empêcher. Si, au contraire, il aime mieux intenter l'action réelle, il le peut encore, et le tiers détenteur devra la subir, à moins que le

débiteur principal ou la caution ne possèdent des immeubles hypothéqués à la dette (1).

268. Ces raisons sont palpables. Comment se fait-il donc que le tribun Goupil de Préfeln se soit étonné de la disposition de l'art. 2023 (2) ? Comment a-t-il pu soutenir qu'il importe peu que les biens hypothéqués soient ou non dans les mains de tiers ? Comment n'a-t-il pas vu tout à la fois le principe équitable de l'article 2023 et l'harmonie savante que le législateur a sagement maintenue entre cet article et l'article 2171 ?

M. Chabot se chargea de défendre l'art. 2023 (3). Mais je ne suis pas content de sa réfutation. Il y avait quelque chose de mieux à répondre que des généralités banales à une si faible attaque contre des vérités de tout temps senties et proclamées.

269. Au surplus, il est bon de remarquer une nuance entre l'art. 2023 et l'art. 2171.

Lorsque le bénéfice de discussion peut être invoqué par la caution, il n'est pas nécessaire que les biens indiqués par elle au créancier soient hypothéqués à la dette ; pourvu que le débiteur les possède, peu importe qu'ils soient libres et que le créancier n'ait pas sur eux une cause de préférence.

Mais, pour que le tiers détenteur puisse user du bénéfice de discussion, il n'en est pas de même, et une condition plus rigoureuse lui est faite par

---

(1) Art. 2171. Mon com. des *Hypoth.* (*loc. cit.*).

(2) Fenet, t. 15, p. 60.

(3) Fenet, t. 15, p. 68.

l'art. 2171. Il ne suffit pas, en effet, que les biens dont il exige la discussion soient possédés par le débiteur principal et ses cautions; il faut encore que le créancier ait hypothèque sur ces mêmes biens (1).

La raison de ceci n'est pas prise de la faveur comparée de la caution et du tiers détenteur. Le législateur n'a pas été mû par le désir d'user envers la caution qui se prévaut du bénéfice de discussion de plus d'indulgence qu'envers le tiers détenteur; le véritable motif se puise dans le respect dû aux droits du créancier. Quand le créancier intente contre la caution une action personnelle qui ne lui assure aucune cause de préférence sur les biens de celle-ci, on ne lui fait aucun tort en le renvoyant à exercer contre le débiteur une autre action également dépourvue de préférence privilégiée ou hypothécaire. Mais quand le créancier exerce l'action hypothécaire contre le tiers détenteur, le renvoyer à agir personnellement contre le débiteur principal et ses cautions sur des biens qui ne lui sont pas hypothéqués, ce n'est pas, comme dans le cas précédent, substituer à un mode d'action une action égale en résultat; c'est aggraver la situation du créancier; c'est lui enlever la préférence que lui assure son hypothèque, pour le traiter en créancier ordinaire; c'est le livrer à la concurrence des chirographaires. La loi ne devait pas consacrer cette injustice; elle a donc dit avec raison : *Parcendum*

---

(1) J'en ai fait la remarque dans mon com. des *Hypoth.*, t. 3, n° 800.

creditori legitimo. Mais il n'en résulte pas qu'après avoir balancé la faveur de la caution et la faveur du tiers détenteur, elle ait jugé la première plus grande que la seconde.

270. Pothier pose une question qu'il faut rappeler ici pour terminer cette partie de notre commentaire de l'article 2023.

Plusieurs débiteurs se sont engagés solidairement à payer 10,000 à Titius et Sempronius; l'un d'eux a de plus donné Fabius pour caution. Fabius, actionné, pourra-t-il exiger que Titius discute non-seulement Sempronius, mais encore tous les autres débiteurs qu'il n'a pas cautionnés? Pothier se prononce, avec raison, pour l'affirmative. Le bénéfice de discussion a été introduit afin que la caution ne fût pas obligée de payer sans nécessité les dettes d'autrui. Cette grâce doit donc être accordée au fidéjusseur dans l'espèce actuelle; elle ne cause au créancier aucun préjudice. D'ailleurs, il est permis de dire que la caution d'un débiteur solidaire est censée avoir cautionné tous les autres débiteurs; car, dit Pothier, *l'obligation n'étant qu'une même obligation, en accédant à l'obligation de celui pour qui le fidéjusseur s'est rendu caution, il a accédé à celle de tous* (1). Ces dernières paroles sont pleines de justesse et me paraissent trancher la difficulté (2).

271. Venons à la seconde condition de l'art. 2023, c'est-à-dire à l'avance des frais.

---

(1) N° 413.

(2) *Infrà*, n° 306. Je les oppose à Pothier sur une autre question.

Cette condition n'est pas toujours acceptée comme raisonnable par les jurisconsultes qui remontent au principe de la loi. L'humanité, qui a fait introduire le bénéfice de discussion, élève la voix auprès d'eux ; ils craignent qu'on n'en rende les conditions gênantes, et que le bénéfice de discussion, environné de trop de difficultés, ne soit plus qu'une faveur purement nominale et illusoire. Nous ne partageons pas leurs scrupules.

Si la pitié due à la caution a donné naissance au bénéfice de discussion, le respect dû aux droits légitimes du créancier doit en circonscrire l'exercice. « *Parcendum legitimo creditori.* » Vous voulez que le bénéfice de discussion ne soit pas une illusion. Mais vaut-il mieux que le cautionnement soit une déception? A qui profite la discussion? Ce n'est pas au créancier dont elle met la patience à l'épreuve, dont elle retarde le paiement, dont elle gêne les affaires (1). Au fidéjusseur, au contraire, elle donne un répit, et quelquefois même un entier affranchissement. Le fidéjusseur ne doit-il pas dès lors avancer les frais de cette procédure? Quand même, au surplus, le droit ne le commanderait pas, la prudence en ferait un devoir. Si le fidéjusseur n'était pas soumis à l'obligation d'avancer les frais, on verrait les exceptions de discussion hasardées avec témérité (2); la chicane se ferait une arme des pensées généreuses du législateur pour fati-

---

(1) *Suprà*, n° 44.
(2) *Suprà*, n° 260.

guer le créancier par des procédures vexatoires et dispendieuses.

C'est pourquoi l'ancienne jurisprudence avait imposé au fidéjusseur l'obligation d'avancer les frais de la discussion. Paul de Castro (1) fut, à ce qu'il paraît, un des plus insignes conseillers de cette pratique (2). Elle était générale (3), et l'art. 2023 a bien fait de la continuer.

272. L'avance des frais doit être faite par le fidéjusseur, soit qu'il s'agisse de meubles, soit qu'il s'agisse d'immeubles. Dans un cas comme dans l'autre, la discussion est dans l'intérêt du fidéjusseur, et doit par conséquent se faire à ses risques et périls.

Ceci est une aggravation de l'ancien droit qui n'exigeait l'avance des frais que pour la discussion des immeubles.

273. Notez cependant que l'exception de discussion, pour être recevable et suffisamment libellée, ne doit pas nécessairement contenir l'offre de faire l'avance des frais de discussion. Le fidéjusseur n'est tenu d'avancer les frais que si le créancier le requiert; l'offre ne doit pas absolument devancer et rendre inutile la réquisition. Tel était l'ancien droit (4). La Cour de cassation

---

(1) Sur la loi 7, D., *Commod.*, et par argument de cette loi.

(2) *Decis. rot. gen.*, 9, n° 4.

(3) *Decis. rot. gen.*, 9, 4, et *Journal des audiences*, t. 1, liv. 5, ch. 25.

Pothier, n° 414.

(4) Pothier, n° 414, et sur Orléans, t. 20, n° 36.

a jugé que l'art. 2023 n'avait pas entendu s'en écarter (1).

274. Entre les mains de qui se paieront les frais avancés? Si les parties ne sont pas d'accord, le tribunal en décidera suivant les circonstances. Tantôt on pourra ordonner qu'ils seront payés sous récépissé au créancier; tantôt qu'ils seront consignés (2).

275. C'est aussi le tribunal qui fixera le montant des avances si les parties ne s'entendent pas à cet égard.

ARTICLE 2024.

Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article précédent, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par défaut de poursuites.

SOMMAIRE.

276. De l'insolvabilité du débiteur survenue par le retard du créancier à le poursuivre. Qui sera responsable de la perte, ou le fidéjusseur ou le créancier?

277. Distinction très sage admise par notre article. Vaines objections du consul Cambacérès.

---

(1) 21 mars 1827. D., 27, 1, 182.
Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, no 801.

(2) *Debet fieri depositio pecuniæ pro expensis dictæ excussionis* (*Decis. rot. gen.*, 9, 4).

278. Proposition de Napoléon pour ajouter à l'art. 2024 un amendement. Son idée n'est pas passée dans l'art. 2024.

279. Circonstances qui doivent se vérifier afin que la responsabilité pèse sur le créancier.

280. Du cas où le principe de l'insolvabilité était déjà ancien.

Du cas où elle est arrivée avec une rapidité qui n'a pas permis au créancier d'agir.

Le juge doit examiner avec soin les circonstances.

COMMENTAIRE.

276. L'art. 2024 fait cesser une controverse qui divisait notre ancienne jurisprudence. Lorsque la poursuite du créancier se trouve arrêtée par l'exception de discussion, et que le créancier laisse écouler un certain temps sans y procéder, sur qui retombe l'insolvabilité du débiteur survenue *medio tempore?*

Sur le fidéjusseur, disait Pothier (1).

Sur le créancier, décidait au contraire la coutume de Bretagne (2).

277. Notre article concilie ces deux opinions par une distinction pleine de sens.

Si le fidéjusseur n'a pas fourni au créancier les moyens d'opérer la discussion, la perte ne saurait retomber sur ce dernier, qui conserve toujours le droit de poursuivre le premier. Mais lorsque le créancier, à la disposition duquel le fidéjusseur a mis les frais de poursuite, laisse dormir le débi-

---

(1) N° 415.

(2) Art. 192 de la coutume nouvelle et 209 de l'ancienne coutume.

teur, il est coupable d'une négligence dont il doit rester responsable. Inutile d'alléguer que le fidéjusseur peut poursuivre de son côté le débiteur principal dont l'insolvabilité est à craindre. Le créancier à qui l'on a fourni l'avance des frais ne saurait espérer que le fidéjusseur se mettra à découvert par les frais nouveaux d'une double poursuite. De deux choses l'une : ou le créancier a touché l'avance des frais, et par cette réception il a accepté tacitement le mandat de poursuivre (1); il doit le conduire à bien ; ou les fonds ont été seulement consignés par la caution, et cette consignation, si elle ne renferme pas un mandat accepté, est du moins une preuve palpable que la loi, en ordonnant au fidéjusseur de faire cette avance, n'entend pas qu'il fasse le double emploi d'une poursuite parallèle.

En un mot, notre article confirme une doctrine dont Casaregis s'est rendu l'interprète et qu'il résume en ces termes : « *Actori incumbit docere excussionem factam fuisse eo tempore quo venit dies agendi aut petendi creditum à debitore. Aliàs, eo tempore per negligentiam creditoris transgresso, non competit ei ampliùs jus agendi adversus alios subsidiariè obligatos* (2). » Rien n'est plus raisonnable et plus conforme à l'équité.

Toutefois, cette disposition de notre article ne passa pas au conseil d'État sans opposition. M. Cambacérès aperçut dans la responsabilité im-

---

(1) M. Tronchet (Fenet, t. 15, p. 21).

(2) *Disc.* 170, n° 2, et l'indication d'un grand nombre de docteurs qui enseignent le même point de droit.

posée au créancier une contradiction avec le principe qui oblige la caution à payer pour le débiteur (1). Il ne voyait pas que le créancier, en se chargeant lui-même des poursuites, accepte un mandat tacite qui le rend responsable de sa négligence (2).

278. Napoléon aurait voulu que, dans le cas où le fidéjusseur avait consigné les fonds, il demeurât responsable, pendant trois mois, de l'insolvabilité du débiteur (3). Sans doute, disait-il, quand le créancier a reçu l'avance des frais, les évènements ultérieurs doivent tomber sur lui. Mais il ne serait pas juste de le rendre également responsable dans le cas où, sachant que bientôt le principal débiteur deviendra insolvable, il ne retire pas les deniers consignés. La responsabilité du créancier ne doit donc commencer à courir qu'après un délai.

Cette pensée n'est pas passée dans la rédaction définitive de l'art. 2024. Ce que nous allons dire au n° 280 répondra à l'objection du premier consul.

279. Notez, du reste, que ce que l'art. 2024 met à la charge du créancier, c'est le défaut de poursuites en temps opportun. L'insolvabilité du débiteur, survenue au milieu des diligences du créancier, rejaillirait certainement sur la caution.

280. Lors même que le créancier n'aurait pas encore dirigé de poursuites, il faudrait voir si l'insolvabilité n'était pas antérieure, de telle sorte que

---

(1) Fenet, t. 15, p. 20.

(2) M. Tronchet (*id.*, p. 20).

(3) Fenet, t. 15, p. 21.

les poursuites eussent été inutiles. On examinerait également si l'insolvabilité n'est pas arrivée avec une rapidité telle que le créancier n'avait pas même eu le temps nécessaire pour agir (1).

En un mot, pour l'application de l'art. 2024, il est indispensable que ce soit la négligence du créancier à poursuivre qui ait empêché le paiement de la dette.

Article 2025.

Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette.

Article 2026.

Néanmoins chacune d'elles peut, à moins qu'elle n'ait renoncé au bénéfice de division, exiger que le créancier divise préalablement son action, et la réduise à la part et portion de chaque caution.

Lorsque, dans le temps où une des cautions a fait prononcer la division, il y en avait d'insolvables, cette caution est tenue proportionnellement de ces insolvabilités; mais elle ne peut plus être recherchée à raison des insolvabilités survenues depuis la division.

---

(1) M. Tronchet, *loc. cit.*

SOMMAIRE.

281. Du bénéfice de *division*. Son origine. Ancien droit romain du temps de la *sponsio* et de la *fidepromissio*.
282. *Quid* lorsque la *fidejussio* fut introduite ?
283. Introduction du bénéfice de division par Adrien.
284. Suite. Caractère de cette innovation, comparé à quelques essais de l'ancien droit.
285. Suite.
286. En principe, tous les cofidéjusseurs d'une même obligation sont solidaires. Raisons de ce point de droit consacré par la jurisprudence romaine.
287. Et par l'ancienne jurisprudence française.
288. L'art. 2025 le consacre aussi. Différence à cet égard entre le mandat et le cautionnement. Les mandataires ne sont pas solidaires de plein droit. Les cofidéjusseurs le sont et doivent l'être.
289. Cependant la disposition de l'art. 2025 fit difficulté dans le sein du Tribunat. L'opinion conforme à la raison prévalut par l'effet d'un partage de voix.
290. Les cofidéjusseurs sont donc solidaires. Conciliation de la solidarité qui pèse sur eux avec l'exception de division dont ils ont le bénéfice.

Erreur de ceux qui croient que les fidéjusseurs ne sont pas tenus d'un lien véritablement solidaire.

291. Partant de là, la poursuite dirigée contre l'une des cautions interrompt à l'égard des autres.
292. Détails sur le bénéfice de *division*.
293. Pourquoi la division doit être renfermée dans les limites d'une pure exception? Pourquoi n'a-t-elle pas lieu de plein droit ?
294. Suite. Liaison et harmonie des art. 2025 et 2026. Différence capitale entre la division accordée par l'art. 2026 et la division des obligations de plusieurs débiteurs ordinaires engagés sans solidarité.
295. Le bénéfice de *discussion* est purement dilatoire.

L'exception de *division* est péremptoire.

Conséquence de ceci.

296. Suite. Il suffit que le bénéfice de division soit opposé avant la condamnation.

Cependant le fidéjusseur a intérêt à s'en prévaloir le plus tôt possible.

Motif de cet intérêt.

297. Le juge ne peut suppléer d'office l'exception de division.

298. On peut opposer la division tant que les deniers ne sont pas partagés.

299. L'exception de division est un bénéfice purement passif. Le fidéjusseur ne peut, avant les poursuites, offrir au créancier le paiement de sa part.

300. De la renonciation au bénéfice de division.

301. Y a-t-il renonciation de la part de ceux qui se sont obligés solidairement ?

302. On ne refuse plus le bénéfice de division (comme dans l'ancien droit) à celui qui a nié son obligation.

303. Le bénéfice de division a lieu au profit des cautions judiciaires.

304. Entre quels fidéjusseurs s'opère la division.

1re *règle*. La division n'a lieu qu'entre cofidéjusseurs du même débiteur.

305. Il suit que la division ne peut avoir lieu entre le fidéjusseur et son certificateur.

306. Autre espèce. Examen d'une décision de Papinien.

307. Suite.

308. 2e *règle*. La division n'a lieu qu'entre les fidéjusseurs solvables. On ne tient pas compte des insolvables. Raison de ceci. Différence entre la division ordinaire et le bénéfice de division.

309. A quel moment la solvabilité doit-elle exister ?

310. Suite.

311. C'est au créancier à prouver l'insolvabilité.

Preuves ordinaires de l'insolvabilité. Le fidéjusseur insolvable qui a un certificateur solvable n'est pas insolvable.

312. Faut-il assimiler à un insolvable celui qui habite l'étranger ?
313. *Quid* du fidéjusseur incapable ?
314. Suite.
315. Les fidéjusseurs qui opposent la division ne sont pas tenus de faire l'avance des frais destinés à poursuivre leurs consorts.
316. Suite.
317. Diviser la dette c'est rendre les fidéjusseurs étrangers les uns aux autres.
Conséquences de ceci.

COMMENTAIRE.

281. Après avoir traité dans les articles précédents du bénéfice de discussion, le législateur s'occupe d'une autre exception également célèbre (1), le *bénéfice* de division. Il faut en expliquer l'origine et les progrès.

A l'époque où le droit romain ne connaissait encore que la *sponsio* et la *fidepromissio*, la loi *Furia*, plus favorable aux cautions qu'aux intérêts des créanciers, avait établi que l'obligation des *sponsores* et des *fidepromissores* ne durerait que deux ans, et que, dans le cas où ils seraient plusieurs, elle se diviserait de plein droit entre ceux qui existeraient au moment de l'exigibilité (2).

282. Lorsque la *fidejussio* eut pris place dans le droit romain, elle ne participa pas à cette disposition de la loi *Furia*. Peut-être même la faveur po-

---

(1) Hering., c. 27, pars 2, nos 1 et suiv.
Maur., p. 605.
(2) Caius, III, *Com.* 121.

pulaire dont jouit la *fidejussio* eut-elle en grande partie pour cause cet affranchissement d'une jurisprudence si dure pour les créanciers. La *fidejussio* se contractait par la formule de la stipulation ; or, l'on sait que tous ceux qui répondaient, l'un après l'autre, par le *spondeo*, à une même question à eux posée collectivement, étaient tenus *in solidum* (1). *Mævi, quinque aureos esse spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes? Spondeo, spondeo.* Cette forme était la plus en usage. Il suit de là que la solidarité dut être habituelle dans la *fidéjussion*. Mais dérivait-elle uniquement, non de la nature du contrat, mais de la forme employée, c'est-à-dire de la réponse donnée à la question du créancier, de ce *spondeo* solennel par lequel chaque fidéjusseur s'était engagé à la totalité de ce que le créancier avait demandé dans sa formule interrogatoire? Plusieurs auteurs l'ont pensé (2); mais nous verrons bientôt que c'est trop accorder à la solennité de l'acte et que l'agissement, considéré en lui-même et sans l'enveloppe de la forme, contient dans sa nature le principe de la solidarité.

Le créancier était donc maître d'agir pour le tout contre celui des fidéjusseurs qu'il lui plaisait de choisir. Mais cette élection une fois faite et sui-

---

(1) Mon com. de la *Société*, t. 2.
Instit., *De duob. reis* (*præm.* et § 1).

(2) M. Ponsot, n° 206.
M. Ortolan, *Instit.*, p. 795.

vie de la litiscontestation, les autres cofidéjusseurs étaient libérés (1).

283. Sous Adrien, les fidéjusseurs obtinrent une importante concession. Ce prince (2) (je ne sais pourquoi Paul fait honneur de cette innovation à l'édit du préteur) (3), ce prince, disons-nous, voulut que le créancier divisât son action entre tous ceux qui étaient solvables au moment de la litiscontestation, de telle sorte que si l'un d'eux était insolvable, les autres payassent pour lui. Cette division lui parut un secours qu'on ne pouvait se dispenser d'accorder par humanité à ceux qui paient la dette d'autrui et ne trouvent pas sur-le-cham la totalité de ce que doit le débiteur principal « *Cùm numeratio totius debiti*, dit Ulpien, *non sit in ex* » *pedito* (4). »

284. Ceci était un retour aux idées de la loi *Furia*, mais avec de graves modifications. La loi *Furia* voulait, en effet, que la division se fît de plein droit; tellement que le créancier qui intentait l'action *in solidum* encourait la déchéance (5). Au contraire, l'édit d'Adrien ne donnait aux fidéjusseurs qu'une exception (6).

---

(1) Justin., l. 28, C., *De fidej.*
(2) Caius, III, *Com.* 121, 122;
Justin., Instit., *De fidej.*, § 4;
Et l. 26, D., *De fidej.*
(3) *Sent.*, liv. 1, t. 20.
(4) L. 10, D., *De fidej.*
(5) Caius, III, *Com.* 120, 121.
(6) Caius, l. 26, D., *De fidej.*

De plus, selon la loi *Furia*, la division se faisait entre tous les fidéjusseurs vivants au jour de l'exigibilité ; au contraire, par l'édit d'Adrien, la division se fait entre les fidéjusseurs solvables au moment de la litiscontestation.

285. Du reste, Justinien décida que la poursuite dirigée soit contre le débiteur principal, soit contre l'une des cautions, ne ferait pas perdre au créancier son droit contre les autres, et qu'il aurait recours jusqu'à entier paiement (1).

286. J'ai dit tout à l'heure que, suivant l'opinion de quelques écrivains, la solidarité des fidéjusseurs ne dérivait pas de la nature du contrat, mais qu'elle n'était que le résultat de la forme employée pour la fidéjussion.

Dans les Institutes cependant, c'est-à-dire à une époque où les formes de la stipulation avaient disparu (2), nous trouvons énoncé ce principe : que s'il y a plusieurs fidéjusseurs, tous sont tenus *in solidum*. « *Si plures sint fidejussores, quotquot erant nu-* » *mero, singuli in solidum tenentur* (3). » Cette proposition est écrite également dans un rescrit des empereurs Sévère et Antonin de 209 : « *Cùm hoc* » SINGULI IN SOLIDUM TENEANTUR *non adjicitur, singuli* » *tamen in solidum tenentur* (4). » Dans ces deux textes, la portée de la fidéjussion est appréciée en

---

(1) L. 28, C., *De fidej.*

(2) Leon., l. 10, C., *De cont. et committ. stipulat.*
Instit. de Just., *De verb. oblig.*, § 1.

(3) *De fidej.*, § 4.

(4) L. 3, C., *De fidej.*

elle-même, d'après sa nature et indépendamment de la forme par laquelle les fidéjusseurs se sont engagés.

C'est qu'en effet la forme ordinaire de la stipulation avait bien pu corroborer la solidarité native de la fidéjussion contractée par plusieurs; mais elle la trouvait déjà existante dans la nature même de l'agissement. Vinnius l'a très bien remarqué (1) après Doneau (2). Le cautionnement de plusieurs fidéjusseurs renferme une solidarité innée. Chacun de ceux qui cautionnent est censé, par la puissance d'une présomption irrésistible, tout cautionner *in solidum*. Quel est le but du cautionnement? C'est de soumettre le fidéjusseur à l'obligation même du débiteur, c'est d'étendre cette obligation jusqu'à lui, c'est de donner au créancier le droit de lui en demander le paiement comme il le demanderait au débiteur principal. Il suit de là qu'à moins de conventions particulières, chaque fidéjusseur prend à sa charge la totalité de l'obligation principale. D'autant qu'il est de principe en cette matière que dans le doute l'obligation du fidéjusseur se calque sur celle du débiteur principal et est présumée lui être absolument conforme (3). Je sais que la loi *Furia* avait établi une

(1) *Quæst. select.*, lib. 2, c. 40 : « *Horum singuli promittunt quod reus debet.* »

(2) Sur la loi 3, C., *De fidejussoribus* : « Plurium fidejussorum obligatio dubitationem non habet, quia ex eorum promissione singuli in solidum obligentur; nam singuli promittunt id quod reus debet; debet autem solidum. »

(3) *Suprà*, n°s 100 et 127.

division de plein droit entre les *sponsores*. Mais n'était-ce pas en faisant violence à la nature du cautionnement qu'elle l'avait ainsi voulu ? N'avait-elle pas faussé les vraies idées de crédit? La *fidejussio* n'avait-elle pas été introduite pour les rétablir?

287. En retraçant cet historique, j'ai par cela même exposé notre jurisprudence française qui avait adopté le dernier état de la législation romaine, c'est-à-dire la règle de la solidarité native tempérée par le bénéfice de division.

288. Le Code civil, qui n'a pas cru que plusieurs mandataires établis par le même acte fussent solidaires (1), a voulu, malgré l'analogie du mandat et du cautionnement, malgré le principe de bienfaisance qui préside à l'un et l'autre, que tous les fidéjusseurs d'une même obligation soient obligés chacun à toute la dette. Telle est la disposition de l'art. 2025. Elle transporte dans notre droit le droit des Institutes et du Code Justinien. Elle décide qu'il est dans la nature du cautionnement que chaque fidéjusseur s'oblige virtuellement, de plein droit et sans stipulation spéciale, à tout ce que doit le débiteur principal. Je crois, après un sérieux examen, qu'elle est restée dans le vrai, et je suis tout-à-fait de l'avis de Doneau qui n'apercevait là-dedans aucun sujet de doute (2).

289. Cette disposition de l'article 2025 ne fut pas acceptée au Tribunat sans controverse et sans

---

(1) Art. 1995. Mon com. du *Mandat*, n° 489.

(2) *Differentiæ ratio* NON EST OBSCURA (11).
Junge Observ. du Tribunat (Fenet, t. 15, p. 29).

difficulté. Plusieurs auraient voulu que l'obligation des fidéjusseurs ne fût pas plus solidaire que celle de tous autres débiteurs qui contractent sans promettre de solidarité (art. 1202). On avait même formulé un article qui prononçait la division de plein droit sans que les solvables et les capables fussent tenus de l'insolvabilité ou de l'incapacité des autres (1). Un partage de voix donna gain de cause au système du droit romain, aux opinions de Vinnius et de Doneau adoptées par Pothier (2), à la pratique universelle (3), et, je crois, aussi à la raison et à la vérité.

290. Les fidéjusseurs d'un même débiteur sont donc tenus pour le total ; ils sont tenus *in solidum*, le mot est légal (4); ils seraient des débiteurs solidaires dans toute la force du mot si l'art. 2026 ne leur accordait le bénéfice de division, qu'exclut, ainsi que le dit l'article 1203, la vraie solidarité (5); de sorte que ce bénéfice donne à leur situation quelque chose de mixte et d'anormal. Néanmoins, comme l'obligation de payer le total est de droit et que le bénéfice de division n'est qu'*in facultate*, je crois qu'ils appartiennent à la classe des débiteurs solidaires plutôt qu'à la classe des débiteurs ordinaires. La

(1) Fenet, t. 15, p. 29 et 30.
(2) N° 416.
(3) Marsili, n° 28.
(4) Inst., *De fidej.*, § 4.
(5) M. Delvincourt, t. 3, p. 258.
M. Zachariæ, t. 3, p. 160 (note 15).

preuve en est d'ailleurs dans l'article 2026, qui, malgré le bénéfice de division, veut que les solvables répondent pour les insolvables. N'est-ce pas là un des effets de la solidarité, et peut-on dire que la concession du bénéfice de division a détruit le lien solidaire? Je ne le pense pas. Il y a sans doute relâchement; il n'y a pas destruction (1). La solidarité, qui se dissimule quand les cofidéjusseurs sont solvables et que le créancier n'a rien à perdre, reparaît quand l'insolvabilité rendrait le bienfait de la division onéreux pour lui.

291. Par suite de ces idées, on peut se demander si la poursuite dirigée contre l'une des cautions interrompt la prescription contre les autres lorsque la solidarité n'a pas été stipulée. M. Delvincourt décide la négative (2).

Je m'étonne que cette erreur, échappée à un esprit distingué, ait trouvé de l'écho auprès de jurisconsultes d'un mérite non moins solide (3). L'article 2249 du C. c. est littéralement applicable tant que la division n'a pas été prononcée; les cofidéjusseurs sont solidaires; ils sont tenus, de droit, pour le total, *in solidum*. Si l'on combine l'article 2025 avec l'article 1200, qui donne la définition de la solidarité, il n'est pas possible d'arriver à une opinion différente; et je ne comprends pas que M. Delvincourt, familier avec l'ancien droit, où

---

(1) *Infrà*, nos 294 et 308.

(2) T. 3, p. 258.

(3) M. Zachariæ, t. 3, p. 160, note (15).
Infrà, n° 308.

l'on trouve bien d'autres débiteurs solidaires investis du bénéfice de division (1), ne l'ait pas partagée.

292. Maintenant que voilà le droit connu, examinons le bénéfice appelé *exception de division*, par lequel le législateur en a tempéré la rigueur.

Un doute se présente naturellement à l'esprit, quand on voit l'article 2026 accorder, sur-le-champ et sans transition, le bénéfice de division à ces cofidéjusseurs que l'article 2025 vient de déclarer tenus pour le total. Pourquoi imposer à l'engagement des fidéjusseurs un caractère que ces fidéjusseurs sont maîtres de détruire? Pourquoi mettre ainsi leurs intérêts en hostilité avec leur situation légale ? Pourquoi leur faire subir la nécessité de demander ce que la loi semble considérer comme contraire à l'équité du créancier? Et d'un autre côté, s'il est juste de le leur accorder, pourquoi ne pas leur en faire une concession générale d'office ? Faut-il reproduire, dans la simplicité de notre droit français, l'antithèse romaine du droit strict et de l'équité, et l'exemple des actions fondées en droit, mais menacées d'une défaite par une exception contraire au droit ?

Ces considérations n'échappèrent pas au Tribunat (2). Elles sont cependant légères, quoique la moitié de ce corps éclairé en ait été frappé! Il

---

(1) Pothier, nº 267. Par exemple, divers tuteurs du même pupille, divers administrateurs de la même cité.

(2) Fenet, t. 15, p. 28.

faut se féliciter de la décision qui fit prévaloir les idées anciennes.

293. C'est assez de faire fléchir le droit devant la faveur : ce serait trop d'élever la faveur à la même hauteur que le droit. Le fidéjusseur a besoin d'une grâce; il faut qu'il la demande, et la loi ne doit pas lui laisser oublier que l'on n'a voulu être qu'humain envers lui. Le principe du droit du créancier doit être maintenu.

D'un autre côté, en mettant le fidéjusseur dans l'obligation de demander la division, on fait profiter le créancier de tous les cas où elle ne sera pas requise; c'est un bénéfice réservé au droit en compensation du bénéfice accordé à la faveur.

Et, dès lors, il n'y a rien qui répugne à la simplicité native du droit moderne dans les articles 2025 et 2026. Ce n'est pas l'antagonisme d'un droit strict, armé de prérogatives artificielles, vieillies, souvent ridicules, et de l'équité, puissante par la raison et par la vérité naturelle. C'est un droit découlant d'une promesse, un droit appuyé sur un contrat, reconnu par l'équité; un droit que l'on tempère, dans son exécution, par une grâce aussi peu préjudiciable que possible au stipulant.

294. Qu'on ne dise donc pas, dès lors, que l'article 2026 défait comme à plaisir ce qu'a édicté l'article 2025. Si l'article 2026 donnait aux fidéjusseurs le bénéfice de division d'une manière absolue, on aurait raison peut-être de s'étonner de cette opposition singulière de deux articles, dont le premier dirait : les débiteurs sont tenus pour le tout, et le second : les débiteurs ne sont pas tenus pour

le tout quand ils demandent la division. Mais remarquons bien que le bénéfice de division n'est pas octroyé sans condition et dans tous les cas où il plaît aux fidéjusseurs de le demander. Il n'est pas octroyé surtout à l'*instar* de cette division légale qui s'opère entre tous les débiteurs obligés sans solidarité (1). La division, innée dans les obligations non solidaires, agit de plein droit entre les débiteurs; elle ne comporte aucune solidarité des uns à l'égard des autres. Que la portion de celui-ci soit irrecouvrable, peu importe à ceux-là; chacun ne s'est obligé que pour sa part et portion, et les solvables ne paient pas pour les insolvables. Mais entre cofidéjusseurs quelle différence (2)! La division ne peut être demandée lorsque les autres fidéjusseurs sont insolvable; elles ne peut s'effectuer qu'entre solvables, et ceux-ci répondent pour ceux qui ne le sont pas. La division autorisée par l'article 2026 est donc bien différente de la division ordinaire; c'est un mode particulier de division qui modère les effets de l'article 2025, sans les détruire, comme ferait le droit commun.

295. Le bénéfice de division ne se rattache pas au même ordre d'exceptions que le bénéfice de discussion. Ce dernier est purement dilatoire, comme nous l'avons vu *suprà* (3). L'exception de discussion est au contraire péremptoire; elle tend à faire réduire la demande à la part et portion de chaque

(1) Art. 1202.
(2) Favre, *Cod.*, 8, 28, 35.
(3) N° 250.

cofidéjusseur solvable; elle l'exclut pour le surplus (1).

Il suit de là qu'elle peut être proposée en tout état de cause ; il suffit que le fidéjusseur en excipe avant le jugement : *Ut dividatur actio inter eos qui solvendo sunt*, ANTE CONDEMNATIONEM, *ex ordine*, *solet postulari* (2). Ce texte est décisif; Doneau (3), Vinnius (4), Pothier (5) et Bruneman (6) en ont fait ressortir l'autorité contre Pierre de Belleperche, Cynus et autres docteurs anciens, qui avaient pensé que l'exception de division ne pouvait être opposée qu'avant la contestation en cause.

L'article 2026 n'a pas changé ces principes; il ne le pouvait pas: ils tiennent à la nature de l'exception de division (7).

296. Si, en effet, le bénéfice de division devait être proposé sur les premières poursuites, de même que le bénéfice de discussion, les fidéjusseurs se trouveraient placés dans un grand embarras. Il arriverait même que le choix de l'une de ces exceptions serait une renonciation à l'autre, ou un empêchement radical à la proposer plus tard. Telle n'est cependant pas l'intention de la loi. Le

---

(1) Pothier, nos 420 et 426; Favre, *Cod.*, 8, 28, 35.

(2) L. 10, § 1, C., *De fidej.* (Alexand.).

(3) Sur la loi 10, § 1, C., *De fidej.*, nos 3 et 4.

(4) *Quæst. selectæ*, 2, 40.

(5) No 426.

(6) Sur la loi 10, C., *De fidej.*

(7) MM. Zachariæ, t. 3, p. 160.
Duranton, t. 18, no 348.
Ponsot, no 220.

bénéfice de discussion et le bénéfice de division sont deux priviléges qui ne s'excluent pas. Le bénéfice de discussion a la préséance. Le bénéfice de division peut venir plus tard, et les conclusions à la discussion ne forment pas obstacle à des conclusions ultérieures pour la division.

Du reste, il est de l'intérêt des fidéjusseurs d'opposer le bénéfice de division le plus tôt possible. En effet, tant qu'ils ne s'en sont pas prévalus, ils sont responsables de leur solvabilité respective, tandis que, dès qu'ils l'ont fait admettre, l'insolvabilité future de leurs consorts est aux risques du créancier. On peut donc s'en rapporter au stimulant de l'intérêt personnel pour être assuré que cette exception ne sera pas trop ajournée.

297. Le juge pourrait-il suppléer l'exception de division? Favre enseigne la négative contre une décision du sénat de Chambéry de 1594 qui avait décidé que le juge pouvait prononcer d'office la division : « *Probabiliùs mihi semper visum est, ut... suppleri exceptio hæc à judice nunquam debeat; quia licèt juris sit plurimùm, tamen facti admixti habet, quod suppleri nullo casu per judicem potest. Quid enim* (et ceci est tranchant) *si alter confidejussor aut absens aut inops sit, ideòque consultò faciat is, qui convenitur, ut hujusmodi exceptionem objicere nolit, quòd sciat futurum tandem ut confidejussoris absentia probetur aut inopia, atque ità eventurum ut ad aliud sibi proficere non possit opposita exceptio, quàm ut eò pluribus et inanibus sumptibus vexetur* (1) ? »

---

(1) *Code*, 8, 28, 35.

298. Quand les poursuites dirigées contre l'une des cautions sont extrajudiciaires, elle peut exciper du bénéfice de division, même après la vente et tant que les deniers ne sont pas partagés (1). La saisie et la vente consommées sans que cette exception ait été soulevée ne sont pas une preuve de renonciation. Le fidéjusseur n'avait-il pas sa part à payer? La saisie et la vente avaient donc une cause facile à comprendre, et le fidéjusseur était d'autant moins forcé à parler de division que les poursuites étaient les mêmes, soit qu'il fallût payer une partie, soit qu'il fallût payer le tout.

299. Puisque le bénéfice de division est une pure exception, introduite par grâce et par humanité, il s'ensuit que l'un des cofidéjusseurs ne pourrait pas prévenir la demande ou les poursuites du créancier, et lui offrir sa part dans la dette cautionnée (2). La caution doit attendre qu'elle soit inquiétée; c'est seulement alors qu'elle peut mettre son exception en mouvement. La nature de son privilége, bénéfice purement passif, s'oppose à ce qu'elle fasse sortir le créancier d'une inaction qui lui convient. Qui a dit à cette caution

---

(1) M. Ponsot, n° 222.

Contrà M. Duranton, t. 18, n° 348.

(2) Doneau sur la loi 3, C., *De fidej.*, n° 2 : *Dividitur obligatio inter plures fidejussores, per exceptionem duntaxat, non ipso jure.*

Dumoulin, *De divid.*, pars 2, n°s 54, 55, 56.

M. Chabot, orat. du Tribunat (Fenet, t. 15, p. 55).

M. Ponsot, n°s 123 et 298.

que le créancier ne serait pas payé intégralement par le débiteur ou par d'autres cofidéjusseurs ayant renoncé au bénéfice de division? Pourquoi le forcer dès lors à recevoir son paiement par fractions? M. Chabot a donc eu raison de dire : « Mais la division ne peut être demandée qu'après que l'action a été formée par le créancier ; et, jusqu'à ce qu'elle soit demandée, toutes les cautions restent responsables des insolvabilités de chacune d'elles. » Ces dernières paroles achèvent de démontrer l'intérêt du créancier à ce qu'une telle initiative ne soit pas prise par l'un des cofidéjusseurs.

300. Je viens de parler de la renonciation au bénéfice de division. Cette exception est en effet de celles dont les parties sont maîtresses de disposer et qu'elles peuvent répudier par leur volonté. Les renonciations au bénéfice de division sont même fréquentes. On peut appliquer ici tout ce que nous avons dit ci-dessus des renonciations au bénéfice de discussion (1).

Ainsi, les fidéjusseurs qui se sont obligés *solidairement et comme débiteurs principaux* ont renoncé par-là au bénéfice de division (2).

301. Mais *quid juris* si l'acte porte simplement que les fidéjusseurs se sont obligés solidairement?

---

(1) Nos 239 et suiv.

(2) *Suprà*, nos 240 et 242.
Pothier, no 417.
Maur., p. 611, no 34.
Hering., c. 27, part. 2, no 38.

Le loi 3, au Code, *De fidej.*, a prévu ce cas ; les empereurs Sévère et Antonin, consultés sur le sens de cette clause ajoutée à un cautionnement, « *Ut singuli in solidum tenerentur,* » décident qu'elle ne contient pas une renonciation au bénéfice de division. La raison qu'ils en donnent est celle-ci : Si ce pacte n'avait pas été inséré, les fidéjusseurs ne seraient-ils pas tenus de plein droit *in solidum?* Il n'y a donc rien là d'assez énergique ni d'assez exprès pour s'écarter de la constitution d'Adrien et du droit ordinaire : « *Nihil hæc res mutat conditionem juris et constitutionem* (1).

Cette décision est-elle acceptable dans le droit moderne? Ne repose-t-elle pas sur une subtilité, et l'intention des parties n'est-elle pas sacrifiée à une interprétation trop textuelle?

Les efforts qu'ont faits les commentateurs, et particulièrement Doneau (2), pour justifier cette interprétation, prouvent à eux seuls combien elle est sujette à controverse auprès des esprits indépendants.

En effet, de deux choses l'une :

Ou la solidarité s'entend d'une solidarité d'obligation avec le débiteur principal, et alors la clause en question équivaut à celle que nous citions au numéro précédent : « *Solidairement et comme débiteurs principaux.* » Si les fidéjusseurs ont consenti à s'obliger solidairement avec le débiteur principal, il s'ensuit nécessairement qu'on peut exiger d'eux

(1) Hering., *loc. cit.*, n° 37.

(2) Sur la loi 3, C., *De fidejuss.*, n° 7.

tout ce qu'on pourrait exiger du débiteur principal, et que la division n'est pas plus possible avec eux qu'avec le débiteur principal. De même que le fidéjusseur, en s'obligeant solidairement avec le débiteur principal, renonce par-là à l'exception de discussion (1), de même les fidéjusseurs, en s'obligeant solidairement avec lui, renoncent aussi au bénéfice de division. Le premier de ces points conduit tout droit au second.

Ou bien, la solidarité est promise, non pas avec le débiteur principal, mais entre tous les fidéjusseurs, et alors on ne peut pas dire sans doute que les fidéjusseurs ont renoncé au bénéfice de discussion; mais n'ont-ils pas renoncé au bénéfice de division? Ce mot *solidairement*, inséré dans leur promesse, est donc sans signification et sans valeur? Quoi! vous voulez qu'ils ne l'aient inséré dans leur contrat que pour reproduire l'obligation de droit écrite dans l'art. 2025, sauf à user, s'il leur plaît ou s'ils le peuvent, du bénéfice de division? Mais à quoi bon cette déclaration? N'est-ce pas une vaine redondance? N'est-il pas plus vraisemblable que cette solidarité qu'ils ont promise n'est pas celle de l'art. 2025, mais bien la solidarité de l'art. 1203, c'est-à-dire celle qui exclut le bénéfice de division? Ne vous paraît-il pas plus logique de penser que la solidarité a été exigée d'eux et qu'ils l'ont promise pour rentrer dans le droit commun, et afin de rendre à la solidarité mitigée de l'art.

---

(1) Art. 2021.

2025 l'élément qui lui manque et peut la compléter aux termes de l'art. 1203 (1) ?

Au surplus, quand le cautionnement solidaire est donné par forme d'aval sur une lettre de change, tout le monde convient que le souscripteur ne saurait invoquer le bénéfice de division. Le commerce ne s'accommode pas de pareilles exceptions (2).

302. Dans l'ancien droit, lorsqu'une caution avait nié de mauvaise foi ses obligations, on la punissait en la déclarant indigne du bénéfice de division (3). Ceci n'a plus lieu dans notre jurisprudence moderne.

303. Le bénéfice de division n'est pas refusé aux cautions judiciaires comme il l'était dans l'ancien droit à l'instar du bénéfice de discussion (4). L'art. 2043, en reproduisant la défense de l'ancien droit en ce qui concerne le bénéfice de discussion et en gardant le silence à l'égard du bénéfice de division, a clairement montré que, sous ce second rapport, les fidéjusseurs sont dans le droit commun.

304. Voyons maintenant quels sont ceux entre lesquels la division s'opère.

---

(1) *Junge* M. Ponsot, n° 209 ;
Et M. Duranton, n°s 343 et 345.

(2) Casaregis, *disc.* 151, *in fine.*
Scaccia, § 1, *quæst.* 17, n° 8, p. 305.

(3) L. 10, § 1, D., *De fidej.*
Pothier, n°s 426 et 417.
Hering., c. 27, *part.* 2, n° 53.

(4) Pothier, n° 417.

Deux règles dominent ce sujet :

La première, c'est que la division n'a lieu qu'entre cofidéjusseurs du même débiteur. « Non omnibus, dit Doneau (1), fidejussoribus hoc beneficium datur; sed iis, qui *non solùm ejusdem summæ*, SED ETIAM EJUSDEM DEBITORIS, FIDEJUSSORES SUNT. »

La seconde, c'est qu'elle se fait entre les fidéjusseurs solvables seulement.

305. De la première règle découle par voie de conséquence la solution que voici :

Un fidéjusseur ne peut pas demander la division entre lui et son certificateur (2); le fidéjusseur est, à l'égard de son certificateur, dans la position du débiteur principal vis-à-vis du fidéjusseur. Et de même que le débiteur principal ne pourrait pas demander la division entre lui et son fidéjusseur, de même le fidéjusseur ne peut la demander entre lui et son certificateur.

306. Mais voici un autre cas :

Deux personnes, Primus et Secundus, s'obligent solidairement à 1,000, et chacune d'elles donne au créancier, par actes séparés (*separatim*) (3), un fidéjusseur différent, Titius, fidéjusseur de Primus, Sempronius, fidéjusseur de Secundus. Titius, actionné par le créancier, demandera-t-il sans fruit que la division s'opère entre Sempronius et lui?

---

(1) Sur la loi 3, C., *De fidej.*, n° 3.

(2) L. 27, § 4, D., *De fidej.* (Ulp.).
Doneau, *loc. cit.*
Pothier, n° 419.

(3) C'est l'espèce de Papinien.

Oui ! dit Papinien ; car Sempronius n'est pas son cofidéjusseur. L'un a cautionné Primus, l'autre a cautionné Secundus. Il est vrai que la dette qu'ils ont cautionnée est la même ; mais il n'y a pas identité de débiteur, et c'est là le point décisif (1).

Cette opinion du grand Papinien a d'autant plus de poids que Pothier l'a adoptée (2) ; et d'ailleurs elle n'est pas isolée dans le Digeste (3). J'avoue cependant qu'elle ne me satisfait pas, et voici mon motif : quand une personne se rend caution de l'un d'entre plusieurs débiteurs solidaires, elle est aussi en quelque façon caution des autres ; car l'obligation de tous ces débiteurs est la même, et, en accédant à l'obligation de l'un d'eux, le fidéjusseur accède nécessairement et forcément à l'obligation de tous les autres. Ce motif frappant d'évidence, ce n'est pas moi qui l'ai découvert ; je l'emprunte à Pothier, qui, ailleurs, l'a trouvé excellent (4), et semble cependant l'oublier ici. Donc, Titius, quoique n'ayant voulu cautionner que Primus, cautionne aussi virtuellement Sempronius ; et Secundus, qui a cautionné Sempronius, n'en a pas moins aussi cautionné Titius. Donc Titius et Sempronius sont cofidéjusseurs, et il y a une rigueur trop subtile à leur refuser le bénéfice de division.

---

(1) Papinien, l. 51, § 2, D., *De fidej.*
Modestin, l. 40, D., *De fidej.*
Doneau (*loc. cit.*).

(2) N° 420.

(3) Pomponius, l. 43, D., *De fidej.*

(4) N° 413, *in fine*. V. *suprà*, n° 270.

307. A plus forte raison en serait-il de même si les deux cautionnements, au lieu d'avoir été donnés par des actes différents (*separatim*), avaient été donnés conjointement.

308. Passons à l'autre règle : La division n'a lieu qu'entre les cofidéjusseurs solvables.

Nous l'avons dit *suprà* (1), la division octroyée par l'art. 2026 n'est pas la division ordinaire et de plein droit, qui fait abstraction de l'insolvabilité et de l'incapacité des codébiteurs, et compte les insolvables et les incapables comme les solvables et les capables.

Ici, au contraire, on rejette les insolvables; les solvables paient à leur place, et la division ne s'effectue qu'entre les cofidéjusseurs en état de payer.

La raison de ceci est facile à donner. La solidarité de droit qui est dans la nature du cautionnement n'est pas tellement effacée par le bénéfice de division qu'il n'en reste quelque chose (2) ; elle reparaît ici et force les solvables à répondre pour les insolvables. Quand on demande au créancier de partager son action entre les seuls cofidéjusseurs solvables, la prétention n'a rien de trop exorbitant, puisqu'il n'a rien à perdre, et l'on peut par humanité faire fléchir la rigueur de la promesse. Mais la solidarité se réveille quand les cofidéjusseurs ne sont pas solvables ; elle protége le créancier contre une division désastreuse, et

(1) N° 294.

(2) *Suprà*, n°s 290, 291.

force les solvables à répondre pour les insolvables. *Ideòque si quis ex fidejussoribus solvendo non sit, hoc cæteros onerat* (1).

309. La solvabilité nécessaire pour être compté au nombre des copartageants est requise au moment où l'une des cautions fait prononcer la division (2026).

A Rome, c'était à la litiscontestation qu'on s'arrêtait pour décider du nombre des cofidéjusseurs solvables (2). Ce moment solennel ayant perdu dans notre procédure l'importance qu'il avait dans la procédure des Romains, surtout dans le système de la procédure formulaire (3), notre article a choisi, d'accord avec Pothier (4), une autre phase de l'instance : c'est la prononciation du jugement de division. Il ne suffit pas que le cofidéjusseur poursuivi ait conclu à la division, ou qu'il ait ajourné le créancier, pour la voir prononcer. Il faut qu'il obtienne un jugement qui l'ordonne. On ne saurait douter de cette vérité quand on se reporte à Pothier que le Code n'a fait que copier en l'abrégeant. « L'effet de l'exception de division est de » faire *prononcer par le juge la division... Avant que* » *cette division de la dette ait été prononcée par le juge...*

---

(1) Just., Instit., *De fidej.*, § 4.

(2) Just., Instit., *De fidejussorib.*, § 4.
Papinien, l. 51, § 4, et 52, § 1, D., *De fidej.*
Doneau sur la loi 3, C., *De fidej.*, n° 5.

(3) Caius, IV, *Com.* 106 et suiv.

(4) N° 427.

» *chacun des fidéjusseurs est véritablement débiteur du* » *total et de la dette* (1). »

Disons donc que, d'après le texte de l'art. 2026, on considère uniquement le temps où le jugement est prononcé pour voir entre quels cofidéjusseurs solvables la division s'opérera; et le jugement, pour être bien libellé, doit ordonner que la dette se divisera entre tous les fidéjusseurs solvables au moment de sa prononciation.

Ainsi, si, au moment où le juge a ordonné la division, sur quatre fidéjusseurs, trois sont solvables et un est en faillite, la totalité de la dette se reportera sur ces trois.

310. Mais lorsqu'après la prononciation de la division, il survient des évènements qui ébranlent la solvabilité de ceux qui étaient primitivement solvables, la perte retombe sur le créancier (2). Il s'est opéré une modification dans la situation respective. L'exception de division, étant péremptoire, et ayant été admise par le juge, a périmé l'action du créancier pour ce qui excède la part afférente à chaque cofidéjusseur solvable; les cofidéjusseurs sont devenus pour l'avenir étrangers les uns aux autres. Le créancier ne peut donc revenir contre l'un d'eux, sous prétexte que ceux qui ont cessé d'être ses consorts sont devenus insolvables après coup.

311. C'est au créancier à prouver l'insolvabilité

---

(1) *Contrà* M. Ponsot, n° 124.

(2) Papinien, *loc. cit.*
Pothier, n° 421.

dont il argumente pour grossir la part et portion de ceux auxquels il s'adresse (1). Il en établit la justification par les moyens ordinaires, notoriété, commune renommée, faillite, carence, etc., etc.

Inutile de dire que celui des cofidéjusseurs insolvables qui aurait un certificateur solvable devrait compter parmi les solvables (2).

312. Pourrait-on assimiler à un cofidéjusseur insolvable celui qui demeure à l'étranger? Pothier (3) décidait l'affirmative avec Papon (4). Je crois qu'aujourd'hui tout dépend des circonstances. Si, par exemple, cet étranger a des biens en France, quoiqu'ils soient éloignés, peut-on dire qu'il soit insolvable? Il ne faut pas facilement étendre le cas d'insolvabilité (seul prévu par l'article 2026) au cas de simple incommodité pour le créancier.

Mais si l'étranger ne possédait rien en France, on le tiendrait pour insovable, encore bien qu'il possédât du patrimoine dans son pays. Un créancier ne doit pas être tenu d'aller affronter la procédure dispendieuse, et quelquefois insoluble, des pays étrangers. C'est la solvabilité en France qui est à considérer. Il est clair que le créancier n'a exigé d'autres cautions que parce que celle-là lui semblait insuffisante (5).

---

(1) Casaregis, *disc.* 170, nos 1 et suiv.

(2) Ulp., l. 27, § 2, D., *De fidej.*
Pothier, n° 421.

(3) N° 424.

(4) X, 4, 25.

(5) V. le n° suivant et le n° 314.

313. Si l'un des cofidéjusseurs était incapable, et qu'à raison de cette incapacité sa part fût irrecouvrable, ce serait un cas d'insolvabilité qui ferait reporter le total de la dette sur le fidéjusseur capable. Papinien le décide ainsi, et cette solution est excellente (1). C'est aussi l'avis de Pothier (2). Le créancier à qui on a donné un incapable pour caution a montré qu'il n'était pas content de cette garantie fragile; et c'est pour se mettre en sûreté qu'il a exigé une autre caution capable, qui pût répondre pour le tout en cas de besoin. Cette attente légitime ne doit pas être trompée.

314. Papinien aurait voulu cependant qu'on fît une distinction entre la nullité provenant d'une incapacité radicale, et celle qui ne provient que d'une nullité relative. Si l'incapacité était purement relative, comme par exemple celle du mineur, Papinien voulait que le cofidéjusseur pût se prévaloir de la division.

Mais Pothier rejette cette distinction. Il pense, avec raison, que, dans un cas comme dans l'autre, le créancier qui a veillé à ses intérêts par l'intercession de plusieurs fidéjusseurs ne doit pas souffrir de ce que quelques-uns sont restituables contre leurs engagements; c'est précisément parce qu'il a prévu cette éventualité qu'il a exigé plusieurs cautions.

315. Les cofidéjusseurs qui opposent la division ne sont pas tenus de faire l'avance des frais destinés

---

(1) L. 48 et § 1, D., *De fidej.*
(2) N° 425.

à poursuivre leurs consorts. Nulle disposition de la loi n'a reproduit ici la disposition rigoureuse de l'article 2023. Et cependant, le créancier renvoyé à agir contre les autres cofidéjusseurs est souvent obligé de les discuter avec de grands frais.

La raison de ceci tient à la différence de l'exception de discussion et de l'exception de division. La première est purement dilatoire ; elle n'éteint pas l'action ; elle laisse subsister la demande du créancier ; et comme le délai que le créancier est obligé de subir est tout entier dans l'intérêt de la caution, il est naturel que celle-ci avance les frais de cette procédure qui suspend sa condamnation. Au contraire, l'exception de division est péremptoire ; elle anéantit la demande pour ce qui excède les parts respectives. Le créancier ne peut donc rien exiger au delà de la part afférente à chacun ; si le cofidéjusseur qui requiert la division paie cette part, il est quitte, et le créancier n'a plus qu'à porter du côté des autres fidéjusseurs ses diligences et ses actions ; elles ne regardent plus celui qui a payé après la division prononcée.

Il est vrai que si, par suite de ces diligences, il vient à être reconnu que tel, que l'on croyait solvable, ne l'était déjà plus au moment où la division a été prononcée, le créancier pourra revenir contre le cofidéjusseur qui s'est acquitté de sa part, le *rechercher*, comme dit l'art. 2026, afin qu'il contribue à couvrir ce déficit, et exiger qu'il paie les frais de la discussion (1). Mais ce résultat imprévu n'em-

(1) Favre, *Code*, 8, 28, 35, *in fine*, et notes 24 et 25.

pêche pas, malgré ses effets rétroactifs sur le paiement réalisé, qu'il n'y ait eu un moment où il y a eu division, un moment où, par suite de cette division, les fidéjusseurs ont dû être considérés comme étrangers les uns aux autres ; un moment, enfin, où il aurait été contradictoire de demander à l'un l'avance des frais nécessaires pour discuter l'autre.

Ainsi donc, nulle parité ne doit être établie, pour l'avance des frais, entre le bénéfice de division et le bénéfice de discussion. Mais, répétons-le, lorsque la division a eu lieu, et que l'insolvabilité vient ensuite à être découverte par suite des diligences du créancier, ce dernier a droit à réclamer contre les solvables les frais de discussion dont il est à découvert. *Tanquàm* (dit Favre) *quibus frustrà faciendis causam dederit ille qui opposuit* EXCEPTIONEM (1).

316. S'il y avait contestation, entre le créancier et le fidéjusseur qui demande la division, sur la solvabilité des autres cofidéjusseurs (2), le fidéjusseur serait sans doute reçu, en offrant de payer sa part, à demander qu'avant qu'il soit fait droit sur le surplus, le créancier soit tenu de discuter les autres fidéjusseurs ; mais cette discussion se ferait aux risques du fidéjusseur. C'est la décision expresse d'Ulpien (3), et Pothier l'a adoptée (4).

---

(1) *Code*, 8, 28, 35, note 25.

(2) *Si dubitet creditor an fidejussores solvendo sint.* Ulp., l. 10, D., *De fidej.*

(3) L. 10 et 28, D., *De fidej.*

(4) N° 423.

317. Les raisons que nous donnions au n° 315 expliquent pourquoi le cofidéjusseur poursuivi n'est pas obligé, comme dans le cas de bénéfice de discussion, d'indiquer les biens que le créancier peut discuter pour se faire payer des autres cofidéjusseurs. Diviser la dette, c'est rendre les fidéjusseurs étrangers les uns aux autres, sous la réserve d'un recours en cas d'insolvabilité ; les rendre étrangers les uns aux autres, c'est couper dans sa racine la prétention du créancier à exiger l'indication des biens à discuter. Autrement, la division ne serait pas un moyen péremptoire ; elle ne serait qu'une exception dilatoire ; l'insolvabilité possible serait considérée comme une condition *suspensive* de la libération, tandis que ce n'est qu'à l'insolvabilité prouvée qu'il faut s'attacher pour *résoudre* certains effets de cette libération.

Article 2027.

Si le créancier a divisé lui-même et volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables.

SOMMAIRE.

318. Le créancier peut renoncer à la solidarité.
319. Y renonce-t-il quand il actionne l'un des cofidéjusseurs pour sa part ? Opinion de Pothier.
320. Argument tiré de l'art. 1211. Conciliation de cet article avec l'art. 2027.
321. Suite.
322. Suite. Raison de l'art. 2027.

323. La renonciation du créancier faite au profit de l'un des cofidéjusseurs ne profite pas aux autres.

324. La renonciation provenant du fait du créancier a cela de remarquable qu'elle ne permet pas qu'il recherche celui qu'il a déchargé pour les insolvabilités existantes au moment de sa renonciation.

COMMENTAIRE.

318. De même que les cautions peuvent renoncer au bénéfice de division, de même le créancier peut renoncer à la solidarité. Il est censé y renoncer quand il divise lui-même volontairement son action (1). *Planè, si velit actionem suam inter omnes dividere.* Je cite Papinien (2). Notre article ne fait que le traduire.

Le créancier divise son action lorsqu'il reçoit divisément et volontairement la part de l'un des débiteurs (3).

319. Mais est-il censé la diviser par la demande qu'il forme contre l'un des cofidéjusseurs pour sa part? Pothier énonce l'affirmative (4). Cette opinion peut-elle se concilier avec celle que ce jurisconsulte émet ailleurs (5) au sujet de la remise de la solidarité, et d'après laquelle la simple demande faite à un codébiteur solidaire, *de sa part*,

---

(1) Maur., p. 615, n° 60.
Pothier, nos 421, 425, *in fine*, et 427; il cite la loi 16, C., *De fidej.* Mais il est facile de lui donner un autre sens.

(2) L. 51, § 2, D., *De fidej.*

(3) Art. 1211.
Maur., *loc. cit.*

(4) *Loc. cit.*, n° 427.

(5) N° 277.

ne contient une remise de la solidarité en sa faveur qu'autant que ce débiteur y a acquiescé? Peut-on la concilier surtout avec l'art. 1211, qui érige en loi ce sentiment et veut que la demande ne soit d'aucune considération tant qu'elle n'est pas suivie d'un acquiescement ou d'un jugement? Si la remise de la solidarité est astreinte, en général, à de telles conditions, ne faut-il pas dire que lorsqu'il s'agit d'en faire abandon au profit de cofidéjusseurs qui, de droit, sont tenus *in solidum*, la simple demande partielle ne suffit pas, et qu'il faut qu'à la demande du créancier se joigne l'acquiescement du fidéjusseur? Ne peut-on pas ajouter que la loi 16, au C., *De fidej.*, dont Pothier appuie sa proposition, n'est pas aussi formelle qu'il semble le penser; car Doneau, la joignant à la loi 23, C., *De fidej.*, y voit, au contraire, la preuve que le créancier qui a actionné le fidéjusseur pour sa part n'est pas censé avoir renoncé à son droit (1)?

320. A ces questions on a coutume de répondre par une distinction.

Si la caution a renoncé au bénéfice de division, si elle s'est obligée avec l'expression formelle de solidarité, il faut appliquer l'art. 1211 du C. c. Il est la règle de la matière. On ne saurait l'éluder. Mais si la caution, actionnée pour sa part et portion, n'a pas renoncé au bénéfice de division, si elle n'a promis que la solidarité légale, il suffit que le créancier lui ait fait une demande partielle pour qu'il soit censé avoir renoncé à la rigueur de son droit.

---

(1) Sur la loi 23, C., *De fidejuss.*, n° 1.

Et alors, bien que l'acquiescement du défendeur ne soit pas encore intervenu, le créancier ne sera pas fondé à revenir sur ses conclusions et à substituer une demande pour le tout à sa demande partielle (1).

321. Nous pensons que cette distinction lève tous les doutes et concilie à merveille l'art. 1211 et l'art. 2027. Il est certain, en effet, que la rédaction de l'art. 2027 est telle qu'elle exclut les conditions rigoureuses exigées par l'art 1211 pour renoncer à la solidarité ordinaire. Qu'exige cet art. 2027? Que le créancier ait *divisé son action*. Or, l'action est dans la demande du créancier judiciairement produite; quand la demande ne porte que sur une part, l'action est divisée, et cette division de l'action est appelée par l'art. 2027 lui-même un *consentement* contre lequel le créancier ne peut revenir. L'art. 1211 ne saurait donc affaiblir la disposition de l'art. 2027 que dans le cas où il y a solidarité expresse et renonciation au bénéfice de division.

322. Du reste, cette différence s'explique par de bonnes raisons. Quand le créancier a stipulé une solidarité formelle et exigé une renonciation au bénéfice de division, on ne doit admettre qu'il a ensuite renoncé à ce droit dont il s'est montré si jaloux que lorsque toutes les circonstances nécessaires pour constituer une renonciation défini-

---

(1) MM. Ponsot, n° 126.

Zachariæ, t. 3, p. 161, et note 18.

Duranton, t. 18, n° 347. Tous ont suivi M. Delvincourt.

tive se rencontrent. — Mais quand le créancier a laissé aux fidéjusseurs la faculté d'opposer le bénéfice de division, quand il n'a pas exigé d'eux une renonciation à cette faculté et qu'il doit s'attendre à ce qu'ils en feront usage, l'on peut facilement supposer qu'il n'a divisé sa demande que pour prévenir une exception imminente et aller au devant de difficultés qui allongent les procès.

323. Mais, après cette modification nécessaire apportée aux règles de la solidarité, il faut se hâter d'y rentrer pour le surplus. C'est pourquoi on décidera, avec l'art. 1210, que le créancier qui n'aura consenti à la division de la dette qu'avec l'un des fidéjusseurs conserve son action solidaire contre les autres, sous la déduction de la part du fidéjusseur qu'il a déchargé de la solidarité.

324. La renonciation du créancier a un effet remarquable qui établit une grande différence entre la division octroyée par lui et la division obtenue en justice. En effet, le créancier qui décharge un des fidéjusseurs de la solidarité est censé renoncer en même temps à le rechercher pour les insolvabilités existantes au moment de sa renonciation (1). Nous avons vu, au contraire, *suprà* (2), que lorsque la division est ordonnée par le juge, elle l'est sous la condition que les solvables paieront pour ceux qui sont actuellement insolvables.

---

(1) Pothier, n° 421. Le texte de l'art. 2027 a été pris dans ce passage.

(2) N° 309.

SECTION II.

De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

Article 2028.

La caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.

Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais ; néanmoins la caution n'a de recours que pour les frais par elle faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle.

Elle a aussi recours pour les dommages et intérêts, s'il y a lieu.

SOMMAIRE.

325. Des rapports et des actions du fidéjusseur à l'égard du débiteur principal. Le fidéjusseur doit être indemnisé de ce qu'il a payé.
326. Ancien droit romain. De l'action *depensi*.
327. Suite. De l'action *mandati*. De l'action *negotiorum gestorum*.
328. L'art. 2028 accorde aussi au fidéjusseur, et cela suivant les cas, les actions *mandati* et *negotiorum gestorum*.
329. Le fidéjusseur qui a cautionné le débiteur contre la volonté de ce dernier a-t-il une action contre lui?
Renvoi au commentaire du *Mandat*, n° 76.
330. Suite. Peut-on dire qu'il y a donation de la part du fidéjusseur qui a cautionné malgré le débiteur?

331. En principe, le recours du fidéjusseur contre le débiteur est favorable.

332. Ce recours est subordonné cependant à quelques conditions.

333. Il faut qu'il y ait eu un paiement. Sens du mot *paiement*.

334. Y a-t-il paiement si le créancier, par égard pour le fidéjusseur, lui fait remise de ce qu'il doit ?

Distinctions dont cette question est susceptible.

335. Suite.

336. Suite.

337. Le paiement doit être prouvé au débiteur.

338. Il faut que le paiement ait été bien fait.

Exemples.

339. Le fidéjusseur n'est pas maître de renoncer à l'exception de prescription acquise au débiteur.

340. Mais le fidéjusseur peut renoncer aux exceptions qui lui sont personnelles et qui blessent sa conscience.

La raison en est qu'en payant, malgré cette exception purement personnelle, il rend service au débiteur ; ce dernier doit donc l'indemniser.

Exemples.

341. Du cas où le fidéjusseur paie ce qui avait été déjà payé. Art. 2031. Renvoi au commentaire de ce texte.

342. Du montant des réclamations du fidéjusseur.

Le fidéjusseur ne doit ni rien perdre ni rien gagner.

343. Il sera remboursé du principal qu'il a déboursé.

Quid s'il a payé le total du principal, malgré un concordat qui avait fait remise partielle au failli?

344. Des intérêts payés pour le débiteur.

345. Les déboursés du fidéjusseur produisent intérêt de plein droit.

346. Suite.

347. Des frais supportés par le fidéjusseur.

Distinctions entre les frais faits légitimement et ceux faits par la faute du fidéjusseur. Dans quel cas il y a faute du fidéjusseur.

348. Suite.
349. Des frais dus par le débiteur et payés par le fidéjusseur.
350. Rectification proposée par M. Delvincourt au texte de l'art. 2028.
351. Le fidéjusseur peut avoir droit à des dommages et intérêts.
352. Du recours de la caution dans le cas où il y a plusieurs débiteurs solidaires.
Renvoi.
353. L'action du fidéjusseur dure trente ans.
354. Explication et confirmation de ceci.

COMMENTAIRE.

325. Cette section a pour objet de régler les rapports de la caution et du débiteur dont elle a payé la dette (1). Après avoir libéré le débiteur de ses obligations, le fidéjusseur qui a voulu lui rendre un service, mais non pas lui faire une donation, a une action contre lui pour se faire pleinement indemniser. Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui; nul ne doit être victime du service qu'il a rendu (2). Ce principe d'équité serait blessé si le fidéjusseur restait à découvert.

326. Le droit romain n'avait pas pourvu avec moins de vigilance que le droit français, au légitime dédommagement du fidéjusseur. La loi *Publilia* donnait aux *sponsores* une action appelée *depensi* par laquelle ils pouvaient réclamer contre l'obligé principal la restitution de tout ce qu'ils avaient payé pour lui; cette action avait même ceci de remarquable que si le débiteur principal contestait

(1) Voy. là-dessus Hering., c. 25, nos 1 et suiv.
(2) L. 1, § 2, D., *Ad senatusc. Trebell.*

sans raison une dette si sacrée, il était condamné au double (1).

327. L'action *depensi* avec sa sanction pénale n'était propre qu'au cas de *sponsio*. Lorsque la dette avait été cautionnée par la *fidepromissio* et la *fidejussio*, la caution avait une autre action contre le débiteur principal: c'était l'action *mandati* (2). « *Æquissimum est*, disait Ulpien, *mandati judicio eum, quod solvit, recuperare* (3). »

Si le cautionnement avait été donné à l'insu du débiteur, c'était alors l'action *negotiorum gestorum*. Paul s'exprime ainsi : « *Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit. Nam mandati actio non potest competere cùm non antecesserit mandatum* (4). »

328. Ce sont aussi les actions *mandati et negotiorum gestorum* que l'art. 2028 accorde, sans les nommer, au fidéjusseur qui a payé pour le débiteur principal. Quand le cautionnement a eu lieu d'accord entre le débiteur et le fidéjusseur, c'est par

---

(1) Caius, III, *Com.* 127.
IV, *Com.* 9 et 22.
Paul, *Sent.*, 1, 19, 1.
(2) Caius, III, *Com.* 127.
Justin., Instit. (*De fidej.*, § 6).
Julianus, l. 15, D., *De fidej.*
Ulp., l. 29, § 6, D., *Mandat.*
Afric., l. 37, D., *Mand.*
(3) L. 29, § 6, D., *Mandati.*
Hering., *loc. cit.*, n° 6.
(4) L. 20, § 1, D., *Mandati.*

l'effet d'un mandat, sinon exprès, du moins tacite, que ce dernier a payé ; et dès lors l'action *mandati contraria* découle de son agissement (1). Quand le cautionnement a été prêté dans l'absence et à l'insu du fidéjusseur, ce n'est plus qu'une gestion d'affaires, qu'un quasi-contrat, et l'action *negotiorum gestorum* s'ouvre pour le fidéjusseur.

Ainsi, que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur, le fidéjusseur qui a répondu pour lui, qui l'a libéré, a droit à être indemnisé. Tel est le premier vœu de l'art. 2028.

329. Mais que dirons-nous du fidéjusseur qui a cautionné contre la volonté du débiteur principal? Il y a sur cette question une célèbre décision de Paul : *Si pro te præsente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est ; sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio, secundum quod, et Pomponio videtur* (2).

Ainsi, ce point de droit avait partagé les jurisconsultes romains. Quelques-uns avaient voulu accorder au moins l'action utile *negotiorum gestorum*. Parmi eux, l'on nomme Caius et le grand Papinien (3). Paul est (on vient de le voir) d'avis contraire ; Pomponius et Julien sont dans les mêmes rangs que lui, et c'est de leur côté que Justinien a fait pencher la balance de la loi.

Une controverse qui avait tenu en suspens les

---

(1) Pothier, n° 430.
Hering., *loc. cit.*, n° 10.
(2) L. 30, D., *Mandati*.
(3) Voy. mon com. du *Mandat*, n° 76.

esprits les plus éminents de l'antiquité pouvait-elle ne pas se ranimer au sein des études modernes? Des intelligences indépendantes ont donc repris le sentiment de Caius et de Papinien; ils l'ont défendu au nom de l'équité. On a discuté dans la jurisprudence antérieure au Code civil; on a discuté depuis : la question est *sub judice*.

Pour moi, je la résous ici comme je l'ai résolue dans mon commentaire du *Mandat*. Je la résous comme Cujas, Pothier, Casaregis. Quoi qu'en dise Hering avec Suarez (1), je ne fais aucun doute que le fidéjusseur qui a payé ce qui était réellement dû par le débiteur, qui l'en a réellement et effectivement déchargé, qui lui a rendu un service incontestable et a utilement géré son affaire, a contre lui l'action utile *negotiorum gestorum*. Il en serait autrement sans doute s'il avait voulu faire une donation, car il est de principe que la donation exclut radicalement le recours du fidéjusseur (2). Mais la donation ne se suppose pas; et si aucun fait grave et décisif de la cause ne met sur la voie d'une pleine libéralité, il ne faudra pas s'attacher à la seule circonstance que le cautionnement a été prêté contre le gré du débiteur pour en conclure qu'il y a eu donation de la part du fidéjusseur.

330. Au surplus, afin d'exclure toute pensée de donation, le fidéjusseur fera bien, en payant, de requérir du créancier une subrogation dans tous ses droits. Cette clause sera une réponse péremp-

---

(1) Cap. 25, n° 71, et c. 5, n°s 146 et suiv.

(2) Hering., c. 25, n° 69.

toire à ceux qui voudraient faire dégénérer en donation le cautionnement dont il est ici question.

331. Le recours de la caution contre le débiteur est extrêmement favorable. L'action par laquelle le fidéjusseur l'exerce, étant fondée sur l'équité, est recevable chez tous les peuples, et la qualité d'étranger n'y met aucun obstacle.

Voici un exemple de cette faveur:

Un édit du duc de Savoie avait confisqué les biens et surtout les créances des Genevois. Un créancier genevois, à qui un Savoyard avait antérieurement donné un fidéjusseur genevois, se fit payer à Genève par ce dernier. Puis la caution, dont les biens avaient été saisis et vendus, actionna le Savoyard devant les tribunaux de son pays pour se faire indemniser. Le Savoyard eut la cruauté de se prévaloir de l'édit de confiscation du duc de Savoie, prétendant s'enrichir ainsi aux dépens de celui qui avait payé sa dette. Mais le sénat de Chambéry ne crut pas devoir admettre ce système inique. Il considéra que le recours du Genevois n'était pas fondé sur une de ces créances que l'édit de confiscation avait en vue; qu'il s'agissait d'une simple indemnité due par le droit naturel. On ne peut qu'applaudir à la loyauté et à l'équité de cette décision (1).

332. Le recours dont il s'agit dans cette section est subordonné à la condition d'avoir payé. Il faut donc

1° Qu'il y ait un paiement,

---

(1) Favre, *Code*, 8, 28, 43.

2° Que ce paiement soit prouvé,

3° Qu'il ait été bien fait.

333. Il faut qu'il y ait un paiement; je veux dire un paiement sincère, incontestable, exempt de dissimulation. « *Eamque solutionem*, dit Hering (1), *non simulatè vel fictè, sed actualiter et verè factam esse.* »

Ici, le mot paiement se prend dans un sens large; il s'applique à tout ce dont le fidéjusseur s'est dépouillé pour éteindre la dette.

Ainsi il y a paiement si, au lieu de payer en denrées, comme l'exigeait le titre, le fidéjusseur a payé en argent du consentement du débiteur.

Il y a paiement si le fidéjusseur, étant créancier du créancier, a compensé ce qui lui était dû avec ce qu'il devait comme fidéjusseur.

334. Mais y a-t-il paiement si le créancier, par considération pour le fidéjusseur, lui a fait remise de son obligation?

Il faut distinguer.

Si le créancier se borne à faire remise au fidéjusseur de son action contre lui, se réservant de l'exercer contre le débiteur, il est clair que le fidéjusseur n'a rien à réclamer contre le débiteur (2). Le débiteur n'est pas libéré, il reste sous le coup de la poursuite. Le fidéjusseur n'a pas fait son affaire, et d'ailleurs, *nihil ei abesse videtur.*

335. Toutefois, dans le cas où cette remise serait la récompense de services appréciables que le fidéjusseur aurait rendus au créancier, et que ce

---

(1) C. 25, n° 11.

(2) Ulp., l. 12, D., *Mandati.*

dernier voulait rémunérer, Ulpien décide que le fidéjusseur aura l'action *mandati* pour se faire indemniser de ce qu'il lui en a coûté par suite de son cautionnement, en ne recevant pas le prix de ses services(1).

336. Mais (et ceci est la deuxième branche de notre distinction) s'il arrive que le créancier, sans avoir rien reçu de la caution, mais voulant la gratifier, lui donne une quittance, alors elle aura action contre le débiteur (2). Ce dernier se prévaudrait en vain du mot *payé*, écrit dans notre article, pour soutenir que le fidéjusseur, qui n'a rien déboursé, n'a rien à réclamer. D'abord, il est clair que la libéralité du créancier ne doit pas rejaillir sur lui; ce n'est pas en sa faveur qu'elle a été faite. Le fidéjusseur, qui seul a été gratifié, doit seul recueillir le fruit de la donation.

Mais il faut aller plus loin et faire tomber l'argument de texte par lequel on obscurcit une vérité si équitable. L'agissement dont il est ici question contient une de ces abréviations d'actions qui, comme il arrive souvent(3), cachent quelque chose pour arriver plus vite à ce qui doit être mis en lumière. C'est en effet comme si Pierre, fidéjusseur, avait remis à François, créancier, les 1,000 qui

---

(1) L. 10, § 13, D., *Mandati.*
L. 12, *id.*
Pothier, n° 431.
Argum. de l'art. 1288.
(2) Paul, l. 26, § 2, D., *Mandati vel contrà.*
(3) L. 15, D., *De reb. credit.*
L. 3, § 12, D., Ulp.

étaient dus, et qu'ensuite François les eût donnés à Pierre ; ou bien encore comme si François les avait donnés à Pierre, puis que Pierre les eût payés à François (1). N'est-il pas évident qu'il y a alors paiement effectif, que Pierre est à découvert, et que le débiteur s'enrichirait à ses dépens s'il ne lui remboursait pas les 1,000 qui lui manquent? Il faut donc dire avec Paul : « *Continuò agat* » *fidejussor mandati; quatenùs nihil intersit, utrùm num-* » *mos solverit creditor, an eum liberaverit* (2). »

337. Le paiement étant fait doit être prouvé au débiteur; il est le fondement de l'action *mandati* qui s'exerce contre lui (3). Cette preuve s'établit par les moyens ordinaires, aveu du débiteur (4), quittance, possession du titre (5), etc., etc.

338. Puis, il faut que le paiement ait été bien fait : *A fidejussore exigimus*, dit Favre, *ne solvat temerè* (6). Car si la caution avait mal payé, tout recours lui échapperait.

Si, par exemple, elle a payé étourdiment, sans opposer des exceptions péremptoires qu'elle con-

---

(1) Favre, *Ration.* sur cette loi.

(2) *Loc. cit. Infrà*, n°s 374 et 447.
Marsili, n° 312, énonce une autre opinion et cite beaucoup de docteurs à l'appui. Je ne retranche rien de la mienne.

(3) Favre, *Code*, 8, 28, 21.
Suprà, n° 333.

(4) Marsili, n° 265.

(5) Favre, *Code*, 8, 28, 21.

(6) *Code*, 8, 28, 10.

naissait, elle est en faute, et cette faute retombe sur elle seule (1).

Il en est de même si elle s'est laissé condamner sans opposer des moyens de défense triomphants; si elle n'a pas éclairé le juge sur des preuves qui devaient faire tomber la demande du créancier; si elle a négligé d'appeler, sachant qu'il y avait un moyen de faire réformer la sentence (2).

339. Quoique la prescription soit une exception que plusieurs se font scrupule d'opposer, néanmoins la caution qui sait que le débiteur l'a acquise n'est pas maîtresse d'y renoncer. Si elle le faisait, elle s'exposerait à manquer de recours, et le débiteur objecterait avec raison que la renonciation à la prescription, bien que partant d'un motif honorable, est cependant une imprudence quand elle cause un préjudice au droit des tiers (3). Vous voulez être délicat; rien de mieux! mais du moins ne le soyez pas à mes dépens, et renoncez dès lors à votre recours.

Que doit donc faire en pareil cas le fidéjusseur qui éprouve des scrupules de conscience? Il doit suivre un conseil que donne Celsus dans une situation analogue (4) : mettre en cause le débiteur

---

(1) *Quod intellige quandô fidejussor fuit diligens et fecit quod potuit et opposuit debitas exceptiones.*
Marsili, n° 193.

(2) Ulp., l. 8, § 6, D., *Mandati. Infrà*, n° 457.

(3) Mon com. de la *Prescription*, t. 1, n° 100.
Contrà, Favre, *Cod.*, 8, 28, 10.

(4) L. 48, D., *De mandat.*

principal, afin qu'il oppose, s'il le croit convenable, le moyen qui fait naître cette hésitation (1).

340. Mais si l'exception que le fidéjusseur n'a pas voulu opposer, parce que sa conscience y répugnait, lui était propre et personnelle, sans avoir rien de commun avec le débiteur principal, sa renonciation ne lui fermerait pas la voie du recours contre ce dernier. C'est ce que décide expressément Ulpien dans la loi 27, § 6, D., *Mandati* (2). Le fidéjusseur a obéi à un sentiment de bonne foi. En payant, il a satisfait sa conscience et n'en a pas moins fait l'affaire du débiteur (3).

Ainsi, un fidéjusseur est libéré par le bénéfice du temps, *putà*, parce qu'il n'avait promis son intercession que pour un temps limité, qui est écoulé. Il paie néanmoins. Il est évident que le débiteur, qu'il a sauvé des poursuites du créancier, doit l'indemniser (4).

De même, un fidéjusseur mineur qui pouvait se prévaloir du bénéfice d'âge, et qui aime mieux

---

(1) Favre, *Code*, VIII, 28, 10.
Pothier, n° 435.

(2) La loi 10, § 12, D., *Mand.*, du même est moins précise ; Favre prétend qu'elle est mutilée.

(3) Ulp., l. 28, § 6, D., *Mandati*.
Favre, *Rationalia*, sur la loi 10, § 12, D., *Mandati*.
Infrà, n° 473.

(4) Ulp., l. 29, § 6, D., *Mandati*. Le bénéfice du temps ne s'entend pas de la prescription, ainsi que le remarquent Accurse et Favre. On verra *infrà*, n° 463, que la prescription ne saurait libérer le fidéjusseur seul, et qu'il reste obligé tant que l'obligation principale est entretenue.

payer que d'avoir recours à ce moyen qu'il croit contraire à la bonne foi (1), a son recours contre le débiteur principal.

Dans toutes ces hypothèses, le fidéjusseur, au lieu de faire tort au débiteur principal (comme dans l'espèce posée au n° 338), lui rend service. De quoi donc pourrait-il se plaindre ?

341. Il peut arriver que le fidéjusseur paie par erreur ce que le débiteur avait déjà payé. A-t-il un recours en ce cas ? L'art. 2031 prévoit cette hypothèse. Nous y renvoyons (2).

342. Le montant des réclamations du fidéjusseur est détaillé avec soin par notre article.

Une règle d'équité préside à ses dispositions. S'il ne doit rien perdre, il ne doit rien gagner. *Sciendum est non in plus fidejussorem consequi debere, mandati judicio, quàm quod solverit* (3). Le cautionnement est un contrat de bienfaisance. Il n'a pas été prêté pour faire un gain, mais pour rendre service.

343. Le fidéjusseur sera donc remboursé du principal, tel qu'il l'a payé : « *Nihil* PRINCIPALITER *venire posse, nisi quod mandatarius impendit et solvit* (4). » A moins toutefois qu'il n'ait payé le total de la créance à la place du débiteur failli à qui une remise aurait été faite par un concordat; car, dans ce cas, il devrait subir la loi commune et faire la même remise que les autres (5).

---

(1) Paul, l. pénult., D., *Ad senatusc. Vell.*

(2) *Infrà*, n° 380.

(3) Paul, l. 26, § 4, D., *Mandati.*

(4) Favre sur la loi 26, § 4, D., *Mandati.*

(5) *Infrà*, n° 503.

344. Il sera également remboursé des intérêts. Si la créance qu'il a éteinte produisait des intérêts et qu'il les ait payés, le débiteur doit lui en faire compte (1).

345. Mais tous les déboursés du fidéjusseur produiront-ils intérêt de plein droit en sa faveur à compter du jour où il s'est mis à découvert ? L'affirmative est certaine. Qu'est-ce que l'action qu'exerce le fidéjusseur ? c'est l'action *mandati contraria*. Or, l'art. 2001 dit que le mandataire a droit aux intérêts *ipso jure* de ses avances, à compter du jour où elles sont constatées (2).

Et ceci n'est pas en contradiction avec le principe que nous empruntions tout à l'heure aux lois romaines : « *Sciendum est non in plus fidejussorem consequi debere mandati judicio quàm quod solverit.* » Les intérêts ne sont pas alloués ici à titre de gain. On les alloue de plein droit au fidéjusseur comme à tout mandataire, pour qu'il ne soit pas en perte (3).

Pothier, cependant, enseigne, par forme d'énonciation, que les intérêts des déboursés et avances ne sont dus à la caution que du jour de sa demande (4). Mais il a perdu de vue un arrêt du 22 juillet 1682 qui décide que les intérêts sont dus *ipso jure* (5). C'est aussi l'opinion formelle de

---

(1) Voy. mon com. du *Mandat*, nos 674, 675, 676.

(2) Mon com. du *Mandat*, no 676.

(3) D'Olive, liv. 4, c. 21.

(4) No 441.

(5) Rousseaud de Lacombe, vo *Caution*, sect. 6, no 9, suivi par M. Duranton, t. 18, n° 352. V. aussi M. Ponsot, no 240.

Domat qui ne saurait cependant passer pour favorable aux profits de l'argent (1).

Sous le C. c., ce dernier sentiment a été professé par M. Delvincourt (2). Un arrêt de la Cour royale de Caen, du 7 août 1840, l'a consacré (3).

346. Il en serait de même dans le cas où le cautionnement aurait été prêté à l'insu du débiteur; on pourra s'aider ici des observations que nous avons présentées dans notre commentaire du *Mandat* sur le droit du *negotiorum gestor* à obtenir ses intérêts de plein droit (4).

347. Le fidéjusseur a son recours pour les frais qu'il a été obligé de supporter sans sa faute et pour la cause du débiteur (5).

Il est en faute, suivant notre article (6), s'il ne dénonce pas au débiteur les poursuites dirigées contre lui. Le débiteur aurait pu prévenir la continuation des procédures en payant lui-même, ou en prenant des arrangements. Le fidéjusseur ne doit pas s'aventurer seul dans des contestations dont tout l'intérêt se reporte en définitive sur le débiteur principal. Il ne doit pas plaider, faire des frais, sans avertir celui que le débat regarde en premier ordre.

---

(1) Liv. 4, t. 4, sect. 3, n° 2.
(2) T. 3, p. 145, et les notes.
(3) Palais, 41, p. 122.
(4) N° 680. *Junge* MM. Delvincourt, Duranton et Ponsot.
(5) Marsili, n° 193.
(6) *Junge* art. 2032. *Infrà*, n° 378.

Mais, une fois cette dénonciation faite, il doit rester indemne de tous les frais (1).

348. Il est bien entendu, du reste, que les frais de la dénonciation au débiteur, ainsi que les frais des premiers actes de poursuite, se reverseront sur le débiteur. La caution doit être pleinement indemnisée (2). Le dernier § de notre article se joint à celui qui concerne les frais pour consacrer ce résultat.

349. Enfin, la caution doit être indemnisée des frais qu'elle a payés au créancier, conformément à l'art. 2016, parce qu'ils étaient dus par le débiteur (3). C'est là un accessoire du principal. La caution a payé et dû payer. Il faut qu'elle ne reste pas à découvert.

350. Ici, je ferai une remarque sur le texte de notre article. M. Delvincourt, et autres qui l'ont suivi, proposent, non sans motifs, de le rectifier par un léger amendement (4). D'après eux, une inexactitude s'est glissée dans la rédaction. Ils veulent qu'au lieu de lire : « *La caution n'a de recours que pour les frais faits par elle depuis*, » on restitue :

---

(1) Bartole sur la loi 67, D., *De fidej.*
Marsili, n° 193.
(2) Argum. de l'art. 1630, § 3, C. c.
(3) *Suprà*, n° 163.
(4) T. 3, notes de la p. 145, note (3).
MM. Duranton, t. 18, n° 350.
Zachariæ, t. 3, p 162, note (2).
Ponsot, n° 256.

La caution n'a de recours pour les frais faits par elle que pour ceux faits depuis. Leur raison est celle-ci : si la caution n'a de recours que pour les frais faits par elle, elle devra donc rester à découvert des frais qui n'ont pas été faits par elle et que cependant elle a dû payer conformément à l'art. 2016. Or, il n'est pas possible que le législateur ait conçu une pareille idée. Une transposition est donc nécessaire dans le texte pour le mettre d'accord avec l'équité et les principes.

Quoique l'art. 2628 se comprenne suffisamment tel qu'il est rédigé, néanmoins la rédaction en serait plus parfaite si elle était amendée comme le propose M. Delvincourt. On peut donc se prêter sans inconvénient à cette inoffensive rectification.

351. Enfin le fidéjusseur a droit à obtenir, s'il y a lieu, des dommages et intérêts. Quelle iniquité n'y aurait-il pas à ce que le fidéjusseur éprouvât une perte pour avoir rendu service à autrui (1)? N'est-ce pas un principe fondamental et perpétuel que nul ne peut être victime de son office et de sa bonne foi (2)? Le dernier § de l'art. 2028 qui consacre notre proposition n'est, du reste, que le corollaire du principe posé par l'article 2000 au

---

(1) Hering., c. 25, n° 1.
Marsili, n° 194, d'après Balde, Arétin, Abbas, etc., etc. : « *Principalis debitor tenetur ad damna et interesse... etiam ad damna quæ passus est fidejussor casu fortuito.* »

(2) L. 1, § 2, D., *Ad senatusc. Treb.*
L. 61, § *Quôd verò*, D., *De furtis.*

titre du *Mandat*. Il faudra recourir, en conséquence, au commentaire que nous en avons donné (1).

352. L'art. 2030 traite du recours de la caution dans le cas où il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires. Nous y renvoyons.

353. L'action du fidéjusseur n'est soumise à aucune prescription particulière. C'est l'action *mandati contraria* qui dure trente ans.

354. Lors même que la caution n'aurait fait que payer au créancier des prestations annuelles susceptibles de la prescription de cinq ans, elle n'en aurait pas moins contre le débiteur une action *mandati*, qui ne serait soumise qu'à la prescription de trente ans. Ce qu'elle a payé forme un capital dont elle réclame le remboursement au nom du droit commun (2).

Article 2029.

La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

SOMMAIRE.

355. De la subrogation du fidéjusseur dans les droits du créancier, et de l'exception célèbre *cedendarum actionum*.

356. La subrogation n'avait pas lieu de plein droit dans la jurisprudence romaine. Comment on la conciliait avec les idées attachées au paiement.

---

(1) Nos 653 et suiv.

(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 1034. Aux arrêts que j'indique il faut joindre : Caen, 7 août 1840 (Palais 1841, p. 122). V. aussi M. Ponsot, n° 245.

357. Suite.

358. Suite. On ne connaissait pas à Rome le mot de *subrogation*.

359. Ancienne jurisprudence sur cette matière.

360. Dumoulin aurait voulu que la subrogation eût lieu de plein droit. Mais il faussait les textes.

361. Le Code civil, faisant office de législateur, a réalisé ce vœu.

362. Le fidéjusseur est subrogé de plein droit au créancier qu'il a payé.

363. Utilité de la subrogation. Elle donne souvent plus d'avantages que l'action *mandati*.

364. Quelquefois aussi la subrogation est moins profitable que l'action *mandati*.

365. Renvoi aux art. 2033 et 2037 pour quelques règles relatives à la subrogation.

366. Le Code, en instituant la subrogation de plein droit, n'a pas voulu lui donner plus d'effet qu'à la subrogation expresse de l'ancienne jurisprudence.

367. De la règle *Creditor non videtur cessisse contra se*. Elle est consacrée par l'art. 1252 du C. c. et par la l. 2, C., *De fidej*.

Exemples.

368. Suite.

369. Le créancier doit cependant ne rien faire qui puisse porter atteinte à la juste espérance qu'a eue le fidéjusseur d'être investi de tous ses droits.

370. Situation du fidéjusseur subrogé par rapport au débiteur.

Il est *procurator in rem suam*. Il n'exerce que les droits du créancier, et il ne peut attribuer à cette subrogation certains avantages qu'il ne saurait tirer que de l'action *mandati*.

371. Suite. La subrogation est-elle une cession?

372. La caution ne peut rien de plus que ce que pouvait le créancier.

373. Mais elle ne peut rien de moins.

374. Le fidéjusseur peut-il prétendre une subrogation quand

le créancier lui a donné quittance par pur esprit de libéralité ?

375. Suite.

376. Le fidéjusseur subrogé jouit des hypothèques attachées à la créance par un évènement postérieur à la fidéjussion.

COMMENTAIRE.

355. Outre le bénéfice de discussion et le bénéfice de division, dont nous avons traité dans la précédente section, une exception non moins célèbre avait été anciennement accordée au fidéjusseur contre le créancier : c'était l'exception *cedendarum actionum*. Le but de cette exception était de communiquer au fidéjusseur tous les droits, actions et hypothèques que le créancier avait, tant contre le débiteur dont la dette se trouvait acquittée que contre ses coobligés. Si le créancier refusait d'accorder au fidéjusseur cette équitable cession d'actions, celui-ci était dispensé de payer. Il en était de même lorsque, par son fait, le créancier s'était mis dans l'impossibilité de les lui céder (1).

356. L'utilité de cette cession expresse et formelle d'actions était manifeste au point de vue du droit romain, qui en avait transmis l'usage à notre ancienne pratique. Le paiement étant une cause radicale d'extinction des obligations, si le fidéjusseur payait purement et simplement le créancier, il arrivait qu'instantanément et par un irrésistible effet, le droit du créancier était anéanti avec tous

(1) Pothier, nos 428, 519 et 520 ; sur Orléans, t. 20, no 42. Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, nos 788 *bis* et suiv., et 807. *Infrà*, no 516.

ses accessoires à l'égard de tous (1). Dès lors le fidéjusseur qui voulait se faire rembourser par le débiteur principal n'avait plus d'espérance que dans l'action *mandati contraria*, action qui pouvait souvent manquer son but; car, n'étant que personnelle, n'ayant pas de suite sur les biens, elle exposait le fidéjusseur à ne trouver que des garanties fugitives et trompeuses. Vainement aurait-il cherché à exercer les droits réels, tels que l'hypothèque et autres, attachés à la créance par lui payée. Cette créance avait été éteinte par le paiement; il n'en restait plus ni principal, ni accessoires; il n'en restait rien qui pût être communiqué.

357. C'est pour sortir de cette impasse que les jurisconsultes romains imaginèrent le paiement avec cession d'actions; ils l'envisagèrent, non pas comme un vrai paiement (c'eût été ôter à leurs fictions toute logique et toute vraisemblance), mais comme une sorte d'achat du *nomen* du créancier: *quodammodò nomen debitoris vendidit* (2). Le fidéjusseur était censé acheter la créance avec tous ses accessoires et ses avantages; et par-là il se trouvait investi du droit de faire valoir, comme l'aurait fait le créancier lui-même, les hypothèques sur les biens du débiteur et les actions contre les coobligés.

---

(1) L. 76, D., *De solut.*
L. 39, D., *De fidej.*
L. 11, C., *De fidej.*

(2) Paul, l. 36, D., *De fidej.*
Junge Julianus, l. 17, D., *De fidej.*
Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 353 (*bis*).

Que si le créancier refusait de lui faire cette cession, le fidéjusseur le repoussait par l'exception *cedendarum actionum* (1). On imposait au créancier l'obligation de déférer à la réquisition du fidéjusseur; car il n'avait aucun intérêt à le refuser. La bienveillance qui doit régner dans les rapports sociaux fait une loi naturelle d'accorder aux autres ce qui leur est utile sans nous nuire. « *Quæ sunt iis utilia qui accipiunt*, dit Cicéron, *danti non molesta* (2). »

358. Cette fiction ingénieuse rencontrait cependant une difficulté. Dans la subtilité du droit une créance ne peut être vendue; car celui qui s'est engagé comme débiteur envers une personne ne peut pas devenir, sans son fait, le débiteur d'une autre. On ne saurait transmettre un débiteur, comme une chose, d'un créancier à un autre créancier. Toutefois, un moyen facile se présentait pour tourner l'obstacle. Puisqu'on peut exercer ses droits par procureur (c'est encore là une lente conquête de l'équité) (3), qui empêche d'assimiler le quasi-cessionnaire de la créance à un mandataire chargé de la faire valoir? Ce ne sera pas, si l'on veut, un vrai acheteur, mais ce sera un *procurator in rem suam* (4). Voilà pourquoi le jurisconsulte

---

(1) L. 17, D., *De fidej.* : « *Ut compellatur vendere cæterorum nomina.* »
L. 47, D., *Loc. cond.* (Marcellus).

(2) *Offic.*, 1-16. *Infrà*, n° 532.

(3) Mon com. du *Mandat*, n°s 4 et 511.

(4) Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 340 ;
— de la *Vente*, t. 2, n° 879.

Paul, en expliquant le mécanisme de la cession d'actions, se sert de ces mots : *quodammodò nomen debitoris vendidit.* Moins hardi que Julianus qui dit sans périphrase : *nomina vendere* (1), il n'ose pas affirmer qu'il y a vente. En effet, toute cette théorie roule sur des ressemblances, des analogies, des à peu près, mais non sur des parités. Il n'y a pas vente à proprement parler, puisque la rigueur du droit n'admet pas la vente d'une créance. Il n'y a pas vente sous un autre rapport; car la substitution de celui qui paie à celui qui est payé n'engendre pas plus les effets de la vente qu'elle n'a eu pour cause l'intention de vendre et d'acheter (2). C'est une situation *sui generis*, à laquelle manque un nom propre en droit romain; le droit des nations modernes l'a seule trouvé : c'est celui de subrogation (3).

359. Notre ancienne jurisprudence ne conçut pas de scrupules sur la possibilité de vendre une créance ; elle accepta les idées romaines relativement à la nécessité d'obtenir du créancier cette sorte de cession pour que le fidéjusseur pût exercer les droits de ce dernier. En un mot, le bénéfice *cedendarum actionum* y fut en pleine vigueur; il engendra ce que l'on appela une subrogation, c'est-à-dire une transfusion d'un créancier en un autre par un

---

(1) L. 17, D., *De fidej.*

(2) *Infrà*, n° 426.

Mon com. des *Hypoth.*, n° 353 (*bis*).

Voyez Dumoulin, *De usuris.*, q. 89, n° 672.

(3) Mon com. des *Hypothèques*, *loc. cit.*

agissement distinct de la vente proprement dite (1). C'était beaucoup sans doute, puisque le fidéjusseur pouvait, avec de la vigilance, conserver d'utiles recours. Mais ce n'était pas assez, puisque s'il payait sans penser à requérir la cession d'actions, il était victime de cet oubli et perdait toute subrogation dans les droits du créancier.

360. Au XVIe siècle, Dumoulin (2) essaya de briser l'entrave des textes et d'arracher la pratique française aux errements serviles du droit romain. Il aurait voulu que le fait seul du paiement subrogeât le fidéjusseur dans tous les droits du créancier désintéressé par lui, et cela *ipso jure*, et sans aucune réquisition de la part du fidéjusseur.

Cette idée était excellente par sa simplicité et son utilité pratique; l'on retrouve là le sens droit, ferme, équitable du grand Dumoulin. Mais il conduisit cette tentative avec la témérité de son génie ardent. Au lieu de parler au nom de la raison et de l'équité, ces lois supérieures à toutes les lois, il entreprit de prouver que, jusqu'à lui, le sens des lois romaines avait été mal compris; qu'il n'était pas vrai que ces lois empêchassent le fidéjusseur qui avait payé de requérir, après coup, sa subrogation; qu'au contraire, elles lui accordaient une subrogation de plein droit et sans réquisition. Ainsi, c'était après avoir faussé tout le système du droit romain qu'il venait proposer au droit français de prendre pour une vérité cet audacieux oubli de

(1) *Id.*, n° 353 (*bis*).

(2) Voy. la première de ses leçons données à Dôle.

l'esprit et du texte des lois romaines. Dumoulin ne convertit personne (1). Une bonne cause fut perdue pour avoir été défendue par des moyens hasardés.

361. Mais le Code civil, maître de choisir entre les systèmes, sans se préoccuper des textes, est venu donner satisfaction à un vœu conforme à la raison naturelle. L'art. 2029, d'accord avec l'art. 1251 du C. c., concède au fidéjusseur une subrogation de plein droit. La loi suppose que le fidéjusseur n'a payé qu'à la charge d'être subrogé, nul n'étant censé renoncer à ses droits; elle présume que telle a été la condition tacite du paiement (2).

362. Cette subrogation légale appartient au fidéjusseur, soit qu'il ait cautionné sur l'ordre du débiteur, soit qu'il ait cautionné à son insu, soit même qu'il ait cautionné contre son gré. L'art. 2029 est tellement général qu'il ne permet pas que l'on élève, à l'égard de celui qui a cautionné le débiteur malgré lui, les doutes qui règnent dans quelques esprits quand il demande à exercer l'action *mandati contraria* (3). D'ailleurs, ne viendrait-il pas, à défaut de l'art. 2029, se placer sous l'égide de l'art. 1251?

Bien entendu que nous supposons ici, ainsi

---

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 280.

(2) M. Toullier (t. 7, nos 163 et suiv.) donne pour base à la subrogation légale, non pas cette convention présumée, mais une créance de gestion d'affaires née du paiement. C'est, à mon sens, une erreur fondamentale. *Infrà*, n° 401.

(3) *Suprà*, nos 329, 330.

que nous l'avons fait au n° 329 ci-dessus, que le fidéjusseur qui a acquitté la dette du débiteur principal malgré lui n'a pas voulu lui faire une donation.

363. La subrogation est d'une grande utilité au fidéjusseur. Elle lui communique le bénéfice des hypothèques dont était muni le créancier ; elle lui permet d'en tirer parti à son lieu et place contre le débiteur (1) ; elle lui donne aussi le moyen de faire contribuer avec lui son cofidéjusseur, conformément à l'art. 1251, n° 3, du Code civil, et dans la mesure et sous les conditions énoncées par l'art. 2033 ci-après (2). Souvent, sans la subrogation, le fidéjusseur n'aurait trouvé dans l'action *mandati* qu'un remède impuissant.

364. D'un autre côté, cependant, l'action *mandati* est parfois plus profitable au fidéjusseur que la subrogation. J'en ai donné un exemple dans mon commentaire de la *Prescription* (3). Un fidéjusseur paie au créancier des prestations susceptibles de se prescrire par cinq ans. S'il n'avait à sa disposition que l'exercice des actions du créancier, il devrait agir avec promptitude contre le débiteur principal, afin de ne pas se laisser surprendre par la prescription abrégée de l'art. 2277. Mais si, au lieu de se prévaloir de la subrogation, il exerce de son chef

---

(1) *Infrà*, n° 431. *Quid* contre le tiers détenteur? *Infrà*, n° 428.

(2) Voy. *infrà*, n° 411.

(3) T. 2, n° 1034.

l'action *mandati*, il a trente ans pour son recours. Il a donc plus de droits, ici, comme mandataire ou *negotiorum gestor*, que comme subrogé au créancier.

365. Nous verrons dans les articles 2033 et 2037 les règles qui se rattachent à la matière de la subrogation du fidéjusseur. Ne voulant pas anticiper sur l'ordre du Code civil, nous renvoyons à notre commentaire de ces articles.

366. Nous nous bornerons à dire ici que la subrogation légale ne donne pas plus de droit au fidéjusseur que la cession forcément consentie par le créancier n'en donnait dans l'ancien droit. Celle-là est calquée sur celle-ci ; la loi n'a voulu que substituer un remplacement tacite au remplacement expressément stipulé (1).

Or, quelle situation la subrogation expresse de l'ancien droit faisait-elle au fidéjusseur tant à l'égard du créancier qu'à l'égard du débiteur ?

367. En ce qui concerne le premier, la subrogation n'avait pas pour but de mettre aux prises le créancier et le fidéjusseur, ou de faire naître entre eux des sujets de rivalité. Simple concession d'équité, elle ne pouvait pas se rétorquer contre le créancier qui n'était pas censé l'avoir accordée pour se faire tort, mais seulement pour empêcher qu'il ne fût fait tort au fidéjusseur.

Istud jus non fundatur nec debetur stricto jure, sed ex æquitate; et specialiter ex illâ æquitate, ut saltem is qui

---

(1) *Infrà*, n° 437.

petiit cessionem consequatur quod, SINE DISPENDIO *cedentis*, *futurum est* (1).

De là cette règle : *Creditor non videtur cessisse contra se.* Elle est consacrée par l'art. 1252 du Code civil ; elle l'avait été auparavant par la loi 2 au C., *De fidejussoribus.*

L'exemple suivant va le faire toucher au doigt :

J'ai loué ma ferme à Pierre, qui m'a donné pour caution François. Ce dernier paie pour Pierre qui se trouve en retard, et m'est par conséquent subrogé ; mais pourra-t-il demander contre Pierre, qui ne le rembourse pas, la résiliation du bail ? Non assurément. Ce droit de résolution m'appartient, et François ne peut l'exercer à mon préjudice, sans ma permission. Je peux avoir intérêt à ce que le bail continue : *Nemo videtur cedere contra se.*

Autre exemple :

Titius doit à Sempronius 20,000, pour sûreté desquels il lui a donné une hypothèque. D'un autre côté, Mævius et Caius ont cautionné Titius. Actionné par Sempronius, Caius use du bénéfice de division et paie 10,000 seulement. Le voilà subrogé dans l'hypothèque de Sempronius. Mais qu'il ne se flatte pas que, dans l'exercice de cette hypothèque, il pourra partager ou balancer les droits de Sempronius ! Non. Il n'y aura pas de concours ; il faudra que Sempronius soit payé par préférence de ce qui lui reste dû (2).

---

(1) Dumoulin, *De usuris*, q. 89, n° 672.

(2) Renusson, ch. 15, n° 29.

C'est ce que nous enseigne Casaregis dans une espèce qui mérite d'être citée (1) :

Le duc de Massa, débiteur de sommes considérables envers Cosme del Sera, lui délégua les fermages d'un pacage loué par lui aux sieurs Vitalis. Il remit également entre ses mains une souscription de 5,500 pièces, cautionnée par Ant. Suard. Suard, actionné par del Sera, lui opposa l'exception *cedend. act.*, prétendant être subrogé dans les droits de del Sera à la délégation passée à ce dernier des fermages des pacages. Mais ces conclusions ne furent pas admises (2).

368. Notez cependant que cette préférence ne peut être réclamée pour des créances autres que la portion restant due. Elle ne s'étend pas à d'autres créances contre le même débiteur, résultant d'autres titres et conférant d'autres hypothèques. Tel était l'ancien droit (3); tel est aussi le nouveau; et c'est dans ce sens que l'art. 1252 a été interprété, avec raison, par un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1832.

Ainsi, Sempronius prête à Titius 10,000 le 1er janvier, sous le cautionnement de Mævius et moyennant une hypothèque inscrite le même jour sur l'immeuble A appartenant au débiteur.

Le 1er mars, Titius a encore besoin d'argent et emprunte une seconde somme de 10,000 à Sem-

---

(1) *Disc.* 151.
(2) Nos 14, 15, 16, 17.
(3) Renusson, *loc. cit.*

pronius, avec autre hypothèque inscrite sur A le même jour.

Mævius paie les 10,000, et, se trouvant subrogé à l'hypothèque de Sempronius inscrite le 1er janvier, il fait vendre l'immeuble et veut être payé avant l'inscription du 1er mars. Le pourra-t-il ? Sempronius sera-t-il fondé à lui opposer la maxime : *Nemo videtur cessisse contra se?* Non ! Cette vérité n'est pas applicable ici. La préférence assurée au créancier n'a lieu que quand il s'agit d'un restant de créance, mais non lorsqu'il est question d'une créance différente, engendrant une hypothèque distincte. Dans ce dernier cas, le créancier est censé avoir cédé tous ses droits, même contre lui-même (1).

369. Quoique la subrogation légale n'ait pas été introduite pour porter atteinte aux légitimes droits du créancier, cependant il suffit qu'elle ait été pour la caution un juste sujet d'espérance pour que le créancier ne puisse rien faire qui la rende inefficace. Si, par son fait, il en privait le créancier, le fidéjusseur pourrait s'en faire une exception pour ne pas payer. C'est ce que nous développerons dans le commentaire de l'art. 2037.

370. Voyons maintenant la situation du fidéjusseur subrogé, par rapport au débiteur. En deux mots on peut la caractériser : c'est celle d'un *procurator in rem suam* (2). Il représente le créancier et agit à sa place au défaut du débiteur ; il exerce

---

(1) Casaregis, *disc.* 151, n° 15.

(2) Pothier, n° 522.

les droits du créancier comme aurait pu le faire le créancier lui-même.

Telle est la règle.

On l'a quelquefois perdue de vue.

Par exemple, je lis dans l'ouvrage de M. Zachariæ cette proposition :

« La caution subrogée aux droits du créancier » peut, en vertu de cette subrogation, répéter » contre le débiteur principal *tout ce qu'elle a payé* » *en capital*, *intérêts*, *dommages et intérêts et frais faits* » contre le débiteur (1). »

C'est là une erreur manifeste. L'auteur confond l'action *mandati* avec la subrogation ; il attribue à celle-ci les effets de celle-là.

On le sait, le fidéjusseur peut souvent avoir contre le débiteur une créance plus étendue que celle du créancier. Outre ce qu'il a payé à ce dernier pour le désintéresser, il peut avoir à se faire indemniser par le débiteur principal de frais avancés, de dommages soufferts.

Or, que résulte-t-il de l'opinion de M. Zachariæ? Que, pour ce surplus, le fidéjusseur pourra se prévaloir des hypothèques attachées à la créance dans laquelle il est subrogé, c'est-à-dire les communiquer et les étendre à celle qui lui est propre. Ainsi, le fidéjusseur fera passer les prérogatives de ce qu'il a payé à ce qu'il n'a pas payé. Il fera une confusion de ses droits avec ceux du créancier, et nous trouverons en lui autre chose qu'un *procurator in rem suam!!!*

---

(1) T. 3, p. 161, § 427.

La vérité est que le fidéjusseur ne peut qu'exercer les actions du créancier, et qu'il ne peut rien réclamer de plus que ce qu'aurait réclamé le créancier lui-même. Ainsi, le fidéjusseur qui, en sus de ce qu'il a payé au créancier, a droit à des dommages et intérêts, ne pourra pas se les faire payer par le moyen de la subrogation. Il n'aura que l'action *mandati*. Comment pourrait-il se mettre au lieu et place du créancier pour un chef de demande que le créancier n'aurait pas été fondé à intenter? Il ne peut appliquer à ce chef les priviléges et hypothèques qui n'étaient affectés qu'à d'autres chefs et point à celui-là.

371. Cette erreur du judicieux jurisconsulte d'Heidelberg vient d'une autre erreur accréditée par quelques auteurs qui, dans des parallèles plus ingénieux que solides, ont prétendu que la subrogation diffère de la cession en ce que celle-ci transfère la créance même, tandis que celle-là n'en transmet que quelques prérogatives. J'ai signalé ailleurs le vice de cette distinction (1). Et quoique M. Merlin lui ait prêté son autorité, elle est fausse dans sa généralité et contraire à la doctrine de tous les auteurs accrédités.

372. Il faut donc dire que la caution ne fait qu'entrer dans le droit du créancier; c'est déjà bien assez : *In jus eorum succedit* (2). Elle est subrogée à tous les *droits du créancier*, dit notre article (3);

(1) V. mon com. des *Hypothèques*, n° 349.

(2) L. 3, C., *De his qui potior.*

(3) *Junge* art. 1249, 1250.
Pothier, *Oblig.*, n° 522.

elle prend sa place : « *Cedere est quasi discedere et alte-* » *rum in suî locum ponere et collocare* (1). » Elle peut tout ce qu'il pouvait, mais elle ne peut rien de plus, et elle ne saurait se servir de la subrogation pour communiquer à une créance qui lui est propre des priviléges qui doivent être renfermés dans ce qui était dû au créancier.

373. Si le fidéjusseur subrogé ne peut rien de plus que le créancier dont il prend la place, il ne peut non plus rien de moins.

Par-là se résout facilement la question de savoir si la caution de l'acquéreur qui paie le vendeur succède non pas seulement à son privilége, mais encore à son droit de demander la résolution du contrat (2). La Cour royale d'Amiens a décidé l'affirmative (3), et rien n'est plus juridique et plus conforme aux principes de la subrogation (4).

374. On demande si le fidéjusseur peut se prévaloir de la subrogation lorsque le créancier a consenti à lui donner une quittance par pur esprit de libéralité et sans avoir rien reçu.

Cette question, touchée par M. Ponsot (5), ne me semble pas devoir être tranchée, comme il le propose, par la négative. Je la résous par la distinction que j'ai émise *suprà*, n°s 334, 335, 336.

Si le créancier n'a pas libéré le débiteur prin-

---

(1) Maur., p. 618, n° 1.

(2) Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 349.

(3) 9 nov. 1825 (D., 26, 2, 156).

(4) *Junge* Bourges, 8 juin 1812.

(5) N° 257.

cipal en libérant le fidéjusseur, nul doute que la remise faite à ce dernier ne saurait être le principe d'une subrogation. Le fidéjusseur n'a pas fait son affaire ; et puis, *nihil abesse videtur.*

Mais si le fidéjusseur a reçu une quittance qui libère tout à la fois et lui-même et le débiteur, la subrogation lui est acquise ; et cela par plusieurs raisons.

La première, c'est que la remise ainsi opérée renferme en soi divers agissements au moyen desquels le fidéjusseur est censé avoir payé réellement, puis avoir reçu en don de la part du créancier ce qu'il avait soldé à ce dernier. Cette première raison, que je puise dans la doctrine des meilleurs auteurs, de Favre par exemple, répond à l'argument que l'on pourrait tirer du texte de notre article ; elle fait incliner ce texte du côté de notre opinion.

La seconde, c'est que le créancier, qui pouvait expressément transférer son droit à qui bon lui semblait, a pu le communiquer par un acte légal renfermant virtuellement en soi une cession d'actions. En gratifiant le fidéjusseur, il a voulu que celui-ci eût tout autant de droits que lui-même contre le débiteur principal. Il l'a voulu nécessairement, puisqu'il a choisi, pour exercer sa libéralité, une forme qui entraîne inévitablement la subrogation. Il a fait par ce moyen indirect ce qu'il aurait fait directement en disant au fidéjusseur en termes exprès : « Je vous donne tous mes droits à exercer contre tel, mon débiteur et votre co-obligé. »

Enfin une troisième raison se présente pour donner à notre opinion la sanction de l'équité. Si le fidéjusseur n'avait pas la subrogation légale, à qui profiterait la libéralité? Serait-ce au fidéjusseur? Ne serait-ce pas plutôt au débiteur que le donateur n'a nullement entendu gratifier?

375. De là suit la solution d'une difficulté que voici:

Le créancier d'une rente non encore remboursable permet, par faveur spéciale, au fidéjusseur d'en opérer le remboursement anticipé. Ce dernier, subrogé aux droits du créancier, pourra-t-il refuser au débiteur principal la même faveur, ou sera-t-il tenu de la lui accorder?

A mon avis, il n'y a pas à hésiter. Non! le débiteur principal n'aura aucun prétexte pour contraindre le fidéjusseur à lui communiquer un bénéfice qui n'a été accordé qu'à ce fidéjusseur seul et à sa considération. Le débiteur subira la loi de son contrat; il attendra l'époque fixée par la convention pour le remboursement; il continuera à servir la rente comme si le fidéjusseur n'avait pas pris la place du créancier. C'est ce que décidait Dumoulin; et, quoiqu'en dise M. Ponsot(1), on ne saurait arriver, sous le Code civil, à un résultat différent.

376. La subrogation investit le fidéjusseur de tous les droits que le créancier avait contre le débiteur. Le texte de notre article le décide expressément, et les termes en sont remarquables. Il s'ensuit que si le créancier s'était fait constituer des

(1) N° 258.

hypothèques et donner des sûretés postérieures au contrat de cautionnement, le fidéjusseur en profiterait. Dumoulin n'était pas de ce sentiment (1), et voici comment il motive son opinion : « Credi-
» tor mutuavit mille sub fidejussore; posteà ex-
» promissores accepit. Novissimè fidejussor solvit
» totum. Tenetur creditor ei cedere actiones con-
» tra principalem, sed non contra expromissores;
» quia hæ posteà quæsitæ sunt, nec earum con-
» templatione fidejussor intercessit... » Undè obli-
» gatio cedendi non debet extendi ultra limites
» qui erant tempore contractûs. »

On le voit : l'unique raison du célèbre jurisconsulte, c'est que le fidéjusseur en donnant sa garantie n'a pu être influencé par la contemplation de garanties non encore existantes au moment du contrat. Mais n'est-ce pas là une pétition de principes? Et ne peut-on pas répondre que le fidéjusseur a facilement prévu que le créancier pourrait augmenter ses sûretés, soit par de nouvelles hypothèques, soit par de nouvelles cautions, soit enfin par des jugements ayant pour sanction des hypothèques judiciaires; et que dès lors il a été fondé à espérer que le créancier lui communiquerait le bénéfice de ces sûretés?

Maintenant, suit-il de là que le créancier qui, par son fait, aurait laissé perdre ces garanties nouvelles et postérieures, serait dans le cas d'être repoussé par l'exception *cedendarum actionum* d'après l'art. 2037? C'est ce que nous examinerons dans mon

(1) *Prima lectio dolaria*, nos 35 et 36.

commentaire de cet article (1). Nous verrons les opinions varier sur cette question et les arrêts s'arrêter à des motifs qui sont loin de satisfaire la raison des jurisconsultes. Mais n'anticipons pas sur ce sujet, et hâtons-nous d'arriver à l'art. 2030 du C. c., qui traite du recours de la caution contre plusieurs débiteurs solidaires.

Article 2030.

Lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition du total de ce qu'elle a payé.

SOMMAIRE.

377. La caution de plusieurs débiteurs solidaires a contre chacun d'eux une action pour le total.

378. Mais si les débiteurs n'étaient pas solidaires, le fidéjusseur n'aurait pas l'action *mandati contraria* pour le tout; il n'aurait pas non plus la subrogation pour le tout dans les droits du créancier.

379. Du recours du fidéjusseur qui n'a cautionné qu'un des débiteurs solidaires et qui a payé le tout au créancier.

COMMENTAIRE.

377. Nous avons vu par l'art. 2002 du C. c., au titre du mandat, que lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

---

(1) *Infrà*, n° 570.

L'art. 2030 étend le bénéfice de cette règle au fidéjusseur qui a payé la dette de plusieurs débiteurs principaux solidaires qu'il avait cautionnés. Il y a ici même raison de décider que dans le cas de mandat. D'une part, le cautionnement n'est bien souvent de la part du fidéjusseur que l'accomplissement d'un mandat qu'il tient du débiteur. D'autre part, l'affaire pour laquelle il a prêté son cautionnement est commune, au premier chef, entre tous les débiteurs, puisqu'ils sont solidaires. Chacun de ces débiteurs est censé avoir donné l'ordre de faire pour soi et pour le tout la chose promise par le cautionnement. Ils ont reçu un service commun à tous. Ils doivent chacun le reconnaître pour le tout (1).

378. Si les débiteurs n'étaient pas solidaires, l'affaire ne serait pas commune, dans le sens de l'art. 2002; car il y aurait autant de dettes distinctes que de débiteurs partiaires.

D'un autre côté, si, laissant à l'écart l'action *mandati*, l'on se rejetait sur la subrogation dans les droits du créancier, on arriverait à un résultat identique. Le créancier n'ayant d'action contre les débiteurs que pour leur part et portion, la subrogation dans ses droits ne pourrait nécessairement avoir lieu que pour ces parts et portions.

379. Lorsque le fidéjusseur n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires et n'a pas cautionné les autres, on demande si le paiement qu'il a fait au créancier pour le total lui donne le droit d'agir

(1) Voyez mon commentaire du *Mandat*, nos 685 et suiv.

pour le total contre les débiteurs qu'il n'a pas couverts par son cautionnement.

Cette question se résout facilement par les observations suivantes.

Si le débiteur cautionné avait payé lui-même, aurait-il un recours pour le total contre ses codébiteurs solidaires ? Non ! D'après l'art. 1214 du C. c., il ne pourrait répéter que sa part et portion. Donc le fidéjusseur qui a payé à sa place et qui exercera ses droits n'aura qu'un recours limité et partiel.

D'autre part, le fidéjusseur ne pourrait se placer dans l'hypothèse d'un mandat (art. 2002 du C. c.). Il n'a agi que pour un seul des débiteurs, il n'a pas reçu mandat des autres.

Se présentera-t-il comme *negotiorum gestor* des débiteurs non cautionnés ? Ce serait faire violence à la vérité. Il a payé, non comme *negotiorum gestor* des débiteurs non cautionnés, mais uniquement comme fidéjusseur du débiteur solidaire pour lequel il avait répondu.

Enfin, argumenterait-il d'une subrogation légale dans les droits du créancier? Cette ressource ne serait pas moins vaine. Qu'arriverait-il, en effet, si le fidéjusseur se présentait pour exercer les droits du créancier? Celui des codébiteurs à qui il s'adresserait lui dirait : « Vous voulez que je vous » paie le total? Mais ne voyez-vous pas que vous » vous embarrassez dans un circuit d'actions (1)? » Car si je vous paie, je serai subrogé à mon tour

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 281. *Infrà*, n° 422.

» dans les droits du créancier, confondus avec les » vôtres; et puisque vous êtes caution, c'est-à-dire » débiteur, je vous sommerai, au nom du créan- » cier, de me payer tout ce qui excédera la part » dont je suis tenu. Ne dites pas, au reste, que, » puisque vous avez payé, vous n'êtes plus débi- » teur (1); car vous n'avez payé qu'avec subroga- » tion, c'est-à-dire avec la réserve de faire passer » sur votre tête et d'exercer les droits du créancier, » tels que celui-ci les avait contre les autres codé- » biteurs. Or, si le créancier avait lui-même fait » valoir ses droits contre moi, il aurait dû me sub- » roger contre vous, et s'il ne l'avait pas fait ou » pu faire, je me serais défendu par l'exception *ce-* » *dendarum actionum*. Vous ne pouvez donc être de » meilleure condition que lui, ni vous dispenser » de subir mon recours (2); sinon je vous oppose l'art. 2037 du C. c. »

Resterait le remède de la subrogation conventionnelle. Mais il ne vaut pas mieux que la subrogation légale. Vainement M. Duranton, qui voit en lui une efficacité que nous lui refusons, donne-t-il pour raison de décider, que l'on ne saurait dénier à la caution un recours solidaire que l'on est obligé d'accorder au tiers qui, ayant payé la dette d'autrui, s'est fait subroger conventionnellement (3). Il y a une grande différence entre le fidéjusseur et un tiers. Un tiers n'a pas contracté d'obligation qu'on puisse rétorquer contre lui; le fidéjusseur en

(1) Pothier, n° 281.

(2) Bartole, cité *infrà*, n° 424.

(3) T. 18, n° 355.

a contracté une, et celui qui est subrogé aux droits du créancier originaire peut la lui opposer. D'ailleurs, ne serait-il pas inadmissible de prétendre que la subrogation émanée de la simple volonté de l'homme a plus d'énergie que la subrogation qui découle de la puissance de la loi (1)?

Tout ceci se corrobore du texte même de notre article, qui ne donne au fidéjusseur de recours pour le total contre les débiteurs solidaires qu'autant qu'il les a tous cautionnés; d'où il suit, par un argument *à contrario* dont a été frappé M. Zachariæ (2), qu'il n'a qu'un recours partiel contre ceux qu'il n'a pas cautionnés.

Article 2031.

La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créancier.

Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son action en répétition contre le créancier.

---

(1) *Infrà*, n° 437.
Junge M. Ponsot, n° 261.
(2) T. 3, p. 162.

SOMMAIRE.

380. Le recours du fidéjusseur qui a payé le créancier est subordonné à la condition d'avoir bien géré l'affaire du débiteur.

381. Premier cas où le fidéjusseur a manqué de prudence. Ce cas se vérifie quand le fidéjusseur paie sans en instruire le débiteur, lequel, se trouvant dans l'ignorance, paie une seconde fois.

382. Réciproquement, le débiteur qui paie le créancier sans informer le fidéjusseur est responsable envers ce dernier de ce qu'il a pu payer par ignorance.

383. Le fidéjusseur n'est pas non plus reprochable si, poursuivi par le créancier, il le paie sur-le-champ, ignorant que le débiteur avait quelque exception à opposer.

384. Il en serait autrement si le fidéjusseur payait spontanément et sans être poursuivi.

385. Suite.

386. Suite.

Conciliation de l'art. 1640 avec la doctrine exposée aux nos 383 et 384.

COMMENTAIRE.

380. Quelque favorable que soit le recours du fidéjusseur contre le débiteur (1), il est cependant subordonné à la condition que le premier aura utilement géré l'affaire du second (2). Notre article prévoit deux cas où le fidéjusseur a manqué de prudence et failli à cette condition. Il lui refuse alors l'action *mandati contraria.*

381. Le premier cas se réalise lorsque le fidéjusseur a payé le créancier sans en donner avis au

(1) *Suprà*, n° 331.

(2) *Suprà*, n° 338.

débiteur principal, qui, dans l'ignorance de ce qui s'est passé, paie une seconde fois. Le fidéjusseur a agi avec légèreté; disons mieux, avec Ulpien : il a commis une faute lourde et voisine du dol. « *Dolo enim proximum est, si, post solutionem, non nuntiaverit debitori* (1). » Il aurait dû informer le débiteur que la créance était éteinte. Le débiteur qui, de son côté, a payé ce qu'il devait, n'est redevable de rien au fidéjusseur. C'est à ce dernier à exercer contre le créancier qui s'est fait payer deux fois une action en répétition (2).

Nous retrouvons ici les principes du mandat qui éclairent de leur lumière la matière du cautionnement. Le mandataire qui a exécuté le mandat en doit donner avis au mandant, sinon il est responsable des suites de ce défaut d'avertissement (3). Le fidéjusseur, qui n'est si souvent qu'un mandataire, est assujéti au même devoir; nous remarquerons même que c'est en traitant du mandat qu'Ulpien a posé la règle dont le premier alinéa de notre article n'est que l'écho.

382. Réciproquement (4), le débiteur principal qui a payé, et qui par défaut d'avertissement a laissé le fidéjusseur payer une seconde fois, sur les poursuites du créancier de mauvaise foi, cette

---

(1) L. 29, § 3, D., *Mandati.*

(2) Ulp., *loc. cit.*
Pothier, n° 439.

(3) Voy. mon com. du *Mandat*, n° 396.
Casaregis, *disc.* 26, n° 4.

(4) *Infrà*, n° 467.

dette déjà acquittée, doit à ce même fidéjusseur une indemnité du préjudice que son silence lui a causé.

C'est ce que décide Ulpien dans les lois 8, § 7, et 29, § 2, D., *Mandati*. Le fidéjusseur n'a pu deviner que le débiteur principal avait éteint la dette ; il faut imputer à ce dernier de n'avoir pas éclairé sur l'état de l'affaire celui qui avait associé son intérêt au sien (1). « *Ignoscendum est enim,* dit Ulpien, *si non divinavit debitorem solvisse. Debitor enim debuit notum facere fidejussori jàm se solvisse, ne fortè creditor obrepat et ignorantiam ejus circumveniat, et excutiat ei summam in quam fidejussit.* »

On pourra objecter que le fidéjusseur, en payant une dette déjà acquittée, n'a pas fait l'affaire du débiteur ; que dès lors celui-ci ne lui doit rien ; qu'il suffit de réserver au fidéjusseur la condiction *indebiti*.

Mais la raison de décider est que le fidéjusseur doit être indemnisé de tout ce qu'il a perdu sans sa faute, par suite de son cautionnement (2), surtout quand cette perte peut être attribuée à la faute du débiteur principal qui, par un avis opportun, pouvait prévenir l'erreur du fidéjusseur. Il faut donc décider avec Ulpien : « *Puto eum mandati habere actionem* (3). »

---

(1) V. Favre, *Ration.*, sur ces lois.

(2) Paul, l. 15 et 20, D., *Mandati*.
Africain, l. 61, § 5, D, *De furtis*.

(3) *Junge* Favre, Code, VIII, t. 28, *def.* 27.
Pothier, n° 438.

383. Il en est de même lorsqu'actionné et poursuivi le fidéjusseur paie sur-le-champ le créancier, ignorant que le débiteur avait quelque exception péremptoire à faire valoir (1). L'ignorance des faits d'autrui est toujours excusable (2). N'était-ce pas au débiteur à éclairer le fidéjusseur sur les moyens de défense dont il avait seul connaissance? Ne devait-il pas penser que le fidéjusseur ne pouvait les deviner (3)? Quel reproche peut-on faire d'ailleurs au fidéjusseur qui n'a fait que remplir son obligation, et qui, sommé de payer, s'est empressé d'ob tempérer pour prévenir une exécution ou une saisie de ses biens (4)? Dira-t-on qu'il devait avertir le débiteur principal des poursuites dont il était l'objet (5), et se renseigner auprès de lui? Sans doute il doit donner avis au débiteur quand il en a le temps et que le créancier ne le presse pas trop vivement pour payer. Mais nous sommes ici dans un cas où il est poursuivi personnellement et où ses hésitations seront considérées comme un refus de payer. A quoi auraient abouti, dans ce cas, ses communications avec le débiteur absent ou éloigné? La poursuite n'aurait-elle pas marché? Le fidéjusseur n'aurait-il pas été, pendant ces pourparlers, pressé, saisi dans ses biens, incarcéré peut-être? Fallait-il s'exposer à ces fâcheuses extré-

---

(1) Ulp., l. 29, D., *Mandati*.

(2) L. 5, § 1, D., *Pro suo* (Neratius).

(3) Favre, *Ration.*, sur la loi 29, § 2, D., *Mandati*.

(4) Domat, III, IV, 3, § 7.

(5) Arg. de l'art. 2028.

mités pour un débiteur qui oublie que son fidéjusseur fait cause commune avec lui, et qui garde avec lui un silence qui est une faute?

384. Il en serait autrement si le fidéjusseur payait spontanément et sans être poursuivi. Dans ce cas, comme rien ne l'empêche de s'aboucher avec le débiteur principal, il ne doit pas aller au devant du créancier sans avertir le débiteur qu'il veut se libérer etsans se concerter avec lui. Quand il néglige cette précaution, il est responsable du paiement fait sans cause; il est privé de toute action en recours s'il vient à être établi, soit que le débiteur principal avait déjà payé, soit qu'il avait un moyen triomphant de faire déclarer la dette éteinte. On suppose la collusion entre le créancier et le fidéjusseur. On laisse ce dernier se démêler avec le premier par la répétition de l'indu exercée à ses risques et périls. Telle est la disposition du deuxième alinéa de notre article. Il faut l'entendre sainement, et n'en pas méconnaître la portée restreinte, ainsi que je l'ai vu faire quel quefois. Je le répète : le deuxième alinéa de l'article 2031 n'exige la nécessité d'un avis au débiteur principal que lorsque le fidéjusseur veut prévenir les poursuites et se libérer par un paiement spontané; mais il est tout-à-fait inapplicable dans le cas où le fidéjusseur est sommé, actionné, poursuivi.

385. C'est ce que n'a pas aperçu M. Delvincourt (1), dont l'erreur, toute manifeste qu'elle est, a cepen-

(1) T. 3, p. 145 (notes).

dant été suivie par MM. Duranton (1) et Zachariæ (2). M. Delvincourt veut que la nécessité de l'avertissement soit absolue, de telle sorte que le fidéjusseur soit responsable de l'avoir omise, alors même qu'il est poursuivi ! Mais où M. Delvincourt a-t-il puisé cette doctrine? Est-ce dans nôtre article? Non ! Car le texte dit le contraire, et, pour priver le fidéjusseur de l'action *mandati contraria*, il exige le concours de deux circonstances : le défaut de poursuites et le défaut d'avis. Aussi, dans le système de M. Delvincourt, en est-on réduit à dire que la rédaction de cet article *est inexacte !*

Est-ce l'ancien droit qui autorise M. Delvincourt à s'écarter du texte? Pas davantage. Les lois romaines, dans lesquelles l'article 2031 a été puisé, loin de vouloir que le fidéjusseur poursuivi donne avis au débiteur principal, supposent au contraire que c'est le débiteur principal qui aurait dû avertir le fidéjusseur que la dette était, par lui, éteinte, ou qu'il avait un moyen tranchant de faire échouer le créancier ; et Pothier ne manque pas d'insister sur ce que le débiteur principal est en faute de n'avoir pas averti la caution (3). De plus, Domat donne à cette doctrine le dernier coup de pinceau en insistant sur la faveur que mérite le fidéjusseur qui, sommé de payer, n'a acquitté la dette de bonne foi que pour prévenir une exécution ou la saisie de ses biens !!

---

(1) T. 18, n° 357.
(2) T. 3, p. 163, et note (7).
(3) N° 438.

386. Quel peut donc être, encore une fois, le soutien de l'opinion de M. Delvincourt? C'est un argument tiré de l'article 1640 du C. c. Parce que l'article 1640 fait cesser la garantie pour cause d'éviction quand l'acquéreur s'est laissé condamner sans appeler le vendeur qui avait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande, notre auteur veut à toute force, contre le texte même de l'article 2031, que l'action *mandati contraria* cesse lorsque le fidéjusseur poursuivi a payé sans avertir le débiteur principal qui avait moyen de faire repousser l'action. Mais la parité me paraît manquer entièrement entre ces deux cas (1). Dans l'art. 1640, c'est un acheteur qui plaide; dans l'art. 2031, c'est un fidéjusseur qui paie. Or, celui qui plaide a le temps d'appeler son garant; il est en faute s'il ne le fait pas; au contraire, celui qui paie ce qu'il doit afin d'éviter une saisie, une exécution, une incarcération, est poussé par l'urgence; le temps lui manque pour se consulter avec le débiteur principal, souvent éloigné de lui.

Sans doute, si le fidéjusseur, au lieu de payer, avait plaidé, et qu'il n'eût pas appelé en cause le débiteur qui avait moyen de faire rejeter la demande, ce dernier pourrait lui refuser l'indemnité de la condamnation par lui supportée (2); car il n'avait pas mandat pour représenter le débiteur dans un procès; et puisqu'il avait des doutes assez graves pour conduire les choses jusqu'à cette ex-

(1) *Junge* M. Ponsot, n° 249.

(2) *Infrà*, n° 455.

trémité, il devait se concerter avec le débiteur, et ne pas prendre imprudemment la charge d'un débat dont les moyens de défense lui étaient inconnus. Mais il en est autrement quand le fidéjusseur paie de bonne foi et avec une juste ignorance des faits du débiteur. Il a mandat pour payer, et c'est au débiteur, qui a des motifs suffisants pour que ce paiement ne se fasse pas, à révoquer ce mandat et à faire connaître au fidéjusseur le véritable état des choses.

L'art. 1640 est ici entièrement inapplicable. L'art. 1640 a craint avec raison la collusion de l'acheteur qui a quelquefois intérêt à être évincé (1). La collusion est beaucoup moins à craindre de la part du fidéjusseur qui a plutôt intérêt à ne pas payer.

L'art. 1640 s'occupe d'un acquéreur, c'est-à-dire d'une personne munie d'un titre qui lui donne le droit de garder la chose, et qui lui impose le devoir de la défendre par tous les moyens légitimes.

L'art. 2031 s'occupe d'un fidéjusseur, c'est-à-dire de celui dont le titre l'oblige à payer quand il en est requis, et qui, en payant, obéit à la bonne foi, remplit sa promesse, est fidèle à ses engagements (2). Dans le premier cas, le vendeur a dû compter sur la résistance de l'acquéreur. Dans le second, le débiteur principal a dû s'attendre à

---

(1) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 540.
Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 822.

(2) *Solvendo fidem implet fidejussor* (Favre, *Code*, 8, 28, 1).

l'obéissance du fidéjusseur. Le vendeur, se confiant à l'énergie du sentiment de la propriété, était bien sûr que l'acheteur épuiserait tous les moyens de défense; que, par conséquent, lui, vendeur, serait mis en cause, et qu'alors il serait temps de produire ses exceptions contre la demande originaire. Le débiteur principal, au contraire, devait prévoir que le paiement était la conséquence nécessaire de l'obligation du fidéjusseur; et, puisque la bonne foi s'opposait à ce que le paiement fût retardé, il était de son devoir de venir au devant du fidéjusseur, et de lui fournir, ne fût-ce que par humanité, les exceptions de nature à faire cesser ses embarras.

Enfin, dans le cas de l'art. 2031, l'action du fidéjusseur est une action de mandat, et l'on sait que la bonne foi y doit être exubérante, afin que le mandataire ne soit pas victime de son office (1). Le mandataire, surtout quand il a rendu un service aussi important que l'est un cautionnement, ne doit pas être traité avec amertume. Tant de subtilité de la part du débiteur dégénérerait en ingratitude et en mauvaise foi.

Article 2032.

La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée,

---

(1) L. 61, § *Quod verum*, D., *De furtis*.

1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ;

2° Lorsque le débiteur a fait faillite, ou est en déconfiture ;

3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ;

4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ;

5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.

SOMMAIRE.

387. Des cas où le fidéjusseur peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé.

388. En principe, le débiteur ne peut forcer le fidéjusseur à payer. C'est au contraire le fidéjusseur qui a action contre le débiteur pour se faire indemniser de ce qu'il a payé.

389. Et comme il est sage de prévenir le dommage plutôt que d'attendre qu'il soit arrivé pour le réparer, le fidéjusseur peut, dans certains cas, forcer le débiteur à faire cesser ses justes inquiétudes.

390. Suite. D'ailleurs, le fidéjusseur est presque toujours un mandataire, et, à ce titre, il a droit d'exiger, par l'action *mandati contraria*, que le mandant lui donne les moyens de remplir la fin du mandat.

391. Cette action du fidéjusseur, pour être couvert, même

avant d'avoir payé, n'a-t-elle pas reçu de notre article un nom impropre quand il l'appelle *action en indemnité?*

392. Du reste, cette action, quelque nom qui lui appartienne, ne va pas jusqu'à pouvoir saisir *de plano* les biens meubles ou immeubles du débiteur.

393. 1er *cas*, où le fidéjusseur peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé; il se vérifie quand le fidéjusseur est poursuivi.

394. Fins de l'action du fidéjusseur.

395. 2e *cas*. Il se vérifie quand le débiteur a fait faillite, ou *vergit ad inopiam.*

396. Fins de l'action du fidéjusseur.

397. 3e *cas*. Il a lieu quand le débiteur s'est obligé à rapporter décharge dans un certain temps, et laisse écouler le temps déterminé.

398. 4e *cas*, qui se vérifie quand le terme d'échéance est arrivé, bien que le créancier ne demande encore rien.

399. 5e *cas*. Il a lieu quand l'obligation du fidéjusseur a duré dix ans.

Mais le fidéjusseur n'est pas pour cela déchargé à l'égard du créancier.

400. Le droit romain ne fixait pas de délai.

401. Notre article fait cesser les variations de la jurisprudence.

402. Ce 5e cas n'a pas lieu alors que la dette est de nature à durer plus de dix ans.

403. Ainsi le fidéjusseur d'un tuteur ne peut demander à être déchargé avant la fin de la tutelle.

Autre exemple.

404. *Quid juris* de celui qui a cautionné un receveur des finances, un caissier? Il ne peut demander à être déchargé au bout de dix ans.

405. Mais le fidéjusseur d'une rente constituée peut, au bout de ce temps, demander sa décharge. La raison en est que le débiteur est maître de rembourser.

406. Si le fidéjusseur prend lui-même le parti de rembourser,

devra-t-il se contenter de la cession d'actions que lui fait le créancier, ou bien aura-t-il aussi l'action *mandati ?*

Controverse à cet égard entre les anciens auteurs.

407. Suite.

408. *Quid* si le fidéjusseur avait remboursé avant les dix ans et sans y être obligé?

409. Suite.

410. Les cinq cas prévus par l'art. 2032 sont-ils limitatifs ?

411. A quels fidéjusseurs cet article est-il applicable ?

Du fidéjusseur qui a cautionné le débiteur malgré lui.

412. Du fidéjusseur qui a cautionné le débiteur à son insu.

413. Du fidéjusseur qui s'est obligé solidairement.

414. Suite.

415. Suite.

416. Celui qui a hypothéqué son fonds pour la dette d'autrui peut-il se prévaloir de l'art. 2032 ?

COMMENTAIRE.

387. Nous avons vu dans les art. 2028 et suivants ce qui concerne le recours de la caution qui a payé, et les fins et conclusions de son action *mandati contraria.*

L'art. 2032 va traiter du recours du fidéjusseur qui, sans avoir encore payé, est cependant admis à agir contre le débiteur principal. Cet article résume cinq cas remarquables que les lois romaines et l'ancienne jurisprudence avaient mis en lumière, et où le fidéjusseur est investi de ce droit (1). Nous les examinerons successivement. Mais quelques réflexions doivent précéder cette étude.

---

(1) Hering, c. 25, n° 12, cite les nombreux docteurs qui ont traité ce point, et il se borne à résumer leurs solutions.

388. Le fidéjusseur, en cautionnant l'obligation principale, a accepté et étendu jusqu'à lui le devoir de payer le créancier (1). Mais ce n'est pas au débiteur principal qu'il appartient de l'y contraindre. Ce droit est exclusivement réservé au créancier. Le débiteur principal ne saurait se prévaloir de l'engagement du fidéjusseur pour exiger que ce dernier le remplisse à son lieu et place; il reste toujours obligé principal (2). Et, bien que le créancier puisse à son choix poursuivre *rectâ viâ*, soit le fidéjusseur, soit le débiteur principal (3), il n'en est pas moins vrai qu'entre le débiteur et le fidéjusseur il y a inégalité de position, que le premier doit garantir et indemniser le second et faire retomber en définitive sur lui-même tout le fardeau de l'obligation. C'est pourquoi nous avons vu, dans les articles précédents, l'action *mandati contraria* venir au secours du fidéjusseur pour le rendre indemne de tout ce dont il a pu être mis à découvert par suite du cautionnement.

389. Mais cette protection ne saurait être la seule que le fidéjusseur puisse réclamer. Il ne suffit pas de réparer le dommage éprouvé; il est sage aussi de le prévenir. Car, comme le dit très bien Justinien, « *Meliùs est intacta jura servari, quàm post causam vulneratam, remedium quærere* (4). » Quand le fidéjusseur éprouve la juste crainte d'être inquiété,

---

(1) *Suprà*, n° 23.
(2) Art. 2011.
(3) *Suprà*, n° 23.
(4) L. 5, C., *In quib. causis in integr. restit.*

pourquoi ne pourrait-il pas contraindre le débiteur à faire cesser le péril? Faut-il nécessairement attendre l'évènement? N'est-il pas possible que les circonstances deviennent telles que le débiteur ne pourra plus indemniser le fidéjusseur? Ne peut-il pas devenir insolvable? et dès lors serait-il équitable de forcer le fidéjusseur à temporiser?

390. D'un autre côté, le fidéjusseur, menacé de poursuites, peut être froissé dans ses intérêts les plus chers s'il est contraint de payer. Faudra-t-il qu'il laisse vendre ses biens pour payer la dette d'autrui, ou même qu'il se laisse incarcérer? Non! les principes du droit s'opposent à ce que les choses arrivent à ces extrémités. Qu'est-ce que le fidéjusseur? C'est ordinairement un mandataire du débiteur principal, lequel l'a chargé de payer. Or, il est de règle, en matière de mandat, que le mandataire n'est pas forcé à se dépouiller pour l'exécution du mandat (1)!! Il est de règle qu'il peut agir contre le mandant pour que ce dernier lui facilite cette exécution en lui fournissant les fonds nécessaires (2). C'est là une des branches de l'action *mandati contraria* (3). Le fidéjusseur ne sera donc pas condamné à souffrir des exécutions rigoureuses avant d'avoir le droit d'agir contre le débiteur principal. Aussitôt qu'il y aura pour lui danger d'être troublé, il aura action contre le débiteur,

(1) Paul, l. 45, D., *Mandati.*

(2) *Id.*

Et Ulp., l. 12, § 12, D., *Mandati.*

(3) V. la loi 45 avec ses §, D., *Mandati.*

Et mon com. du *Mandat*, n°s 379 et 653.

soit pour être déchargé et acquitté, soit pour que des moyens lui soient fournis de satisfaire à l'obligation sans toucher à son patrimoine.

Telle est la décision du jurisconsulte Marcellus (1) et des empereurs Dioclétien et Maximien (2). Notre ancienne jurisprudence en avait sagement profité (3). Le Code civil l'a formulée en loi.

391. Mais pourquoi l'art. 2032 qualifie-t-il ce recours préventif du fidéjusseur d'action en *indemnité*? Cette dénomination est-elle juste? Il est permis d'en douter; et quoique Pothier s'en soit servi (4) (c'est à cette source respectable que les rédacteurs du Code l'ont puisée), je crois qu'on aurait pu en employer une plus exacte. Le mot *indemnité* suppose un dommage éprouvé et une réparation. Ici, il n'y a pas encore de dommage; il n'y a qu'une crainte de dommage, et on veut prévenir l'évènement qui donne lieu à l'indemnité. C'est pourquoi les lois romaines avaient dépeint avec d'autres couleurs les fins de l'action du fidéjusseur. Marcellus avait dit que le fidéjusseur avait le droit d'agir *ut liberetur* (5), et Dioclétien et Maximien, *ad solutionem urgeri*. Ce langage est plus vrai. Aussi le président Favre, cherchant à

(1) L. 38, D., *Mandati*.
(2) L. 10, D., *Mandati*.
(3) Pothier, n° 442.
Domat, III, IV, 3, n° 3.
Marsili, n° 216.
Hering., c. 25, n° 12.
(4) N° 442.
(5) L. 38, D., *Mandati*.

caractériser les conclusions de cette action *mandati*, remarque-t-il qu'elle ne tend pas *ad indemnitatem*, mais seulement *ad hoc tantùm ut liberetur fidejussor* (1).

Au surplus, cette inexactitude n'empêche pas de bien saisir la véritable pensée de la loi, et l'on comprend à merveille ce que signifie l'art. 2032. Ce qu'il veut, c'est que, par un moyen ou par un autre, le débiteur paie, de ses deniers, ce que le fidéjusseur est menacé de payer avec les siens propres.

392. Remarquons toutefois que le droit accordé au fidéjusseur ne va pas jusqu'à saisir *de plano* les biens meubles ou immeubles du débiteur. En effet, pour exécuter un débiteur il faut avoir un titre exécutoire (2), et le fidéjusseur n'en a pas encore. Il faut donc qu'il procède par voie de simple action pour obtenir du juge une condamnation. C'est ce qu'a jugé la Cour royale de Bordeaux par arrêt du 22 février 1832 (3). Il peut aussi se faire autoriser par le juge à faire arrêt sur les biens meubles du débiteur (4).

393. Passons maintenant en revue les cinq cas dont l'article 2032 donne l'énumération.

Le premier est celui où le fidéjusseur est poursuivi en justice pour le paiement.

D'après le droit romain, les simples poursuites

---

(1) *Ration.*, sur la loi 38, D., *Mandati.*

(2) Art. 551 C. p. c.

(3) Dalloz, 32, 2, 96.

(4) Art. 558 C. p. c.

semblent n'avoir pas été suffisantes pour autoriser le fidéjusseur à exercer un recours anticipé; il fallait une condamnation (1).

Mais la pratique a jugé équitable de ne pas attendre une condamnation (2). Les poursuites dirigées contre le fidéjusseur sont une cause évidente d'inquiétude et de péril. Le fidéjusseur peut donc assigner le débiteur principal pour qu'il soit tenu de le garantir et de l'acquitter. Il doit même le faire, d'après l'article 2028 ci-dessus (3), s'il ne veut pas voir laisser à sa charge les frais de l'instance. Le débiteur principal a droit de se plaindre des procédures faites à son insu et dont le résultat est d'ajouter des frais au poids de la dette.

394. Le fidéjusseur poursuivi sera donc en droit de forcer le débiteur à désintéresser le créancier (4). Il pourra exiger qu'il le paie sans délai, ou bien qu'il lui envoie les fonds nécessaires pour payer (5). Toutefois, cette dernière prétention ne sera susceptible d'être écoutée qu'autant qu'il n'y aura pas de risque que le fidéjusseur détourne ces fonds et laisse le débiteur exposé à payer une seconde fois.

Enfin, le fidéjusseur qui a obtenu condamnation pourra saisir les biens du débiteur pour payer, avec

---

(1) L. 10, C., *Mandati.*
Junge Scævola, l. 45, D., *De fidejuss.*
(2) Pothier, n° 442; Hering., c. 25, n° 18.
Favre, *Cod.*, IV, 26, *def.* 24.
(3) *Suprà*, n° 347.
(4) Argument de l'art. 2039.
(5) *Suprà*, n° 390.

le produit, le créancier. Favre nous apprend que telle était la jurisprudence du sénat de Chambéry (1). Mais il est rare que les exigences du créancier laissent au fidéjusseur le temps de se jeter dans d'aussi longues procédures. Toutefois, on conçoit que le créancier puisse quelquefois vouloir user de ménagement envers un fidéjusseur dont la position n'est pas heureuse, et préférer, au parti de le pousser à outrance, celui de le laisser faire auprès du débiteur les diligences de nature à assurer son paiement.

395. Le second cas dont s'occupe notre article est celui où le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture : « *Cum certè*, disait Marcellus, *bona sua dissipavit* (2). »

Toutefois, les empereurs Dioclétien et Maximien n'exigeaient pas une déconfiture entière. Ils ouvraient à la caution un recours anticipé dans le cas où le débiteur principal commençait à dissiper ses biens; et ce parti était sage. Pourquoi, en effet, forcer le fidéjusseur à attendre que la ruine du fidéjusseur rende inutile l'action *mandati contraria?*

Je pense que cette décision des empereurs Dioclétien et Maximien rentre dans l'esprit de l'article 2032. La dissipation du débiteur est une diminution des sûretés de la caution, et toutes les fois que le débiteur diminue les sûretés originaires,

---

(1) *Code*, 10, 26, *def.* 24.
Junge Rationalia, sur la loi 38, D., *Mandati*.
(2) L. 38, D., *Mandati*.

le créancier a droit à pourvoir à ses intérêts et à agir comme si la dette était exigible (1). La simple dissipation (2), bien qu'elle ne soit pas encore arrivée jusqu'à la déconfiture totale, est donc, pourvu qu'elle soit sérieuse et inquiétante, une cause d'action pareille à celle que prévoit notre article dans le n° 4, relatif au cas où la dette est devenue exigible par l'échéance du terme.

396. L'action du fidéjusseur tendra à obtenir un titre pour faire arrêt sur les biens restants du débiteur, afin qu'ils répondent du montant du cautionnement (3) : « *Ut ex ipsius debitoris*, dit Favre (4), *bonis solvatur, et satisfaciat creditori* (5). »

Et s'il y a faillite, cette action tendra à se faire admettre au passif de la faillite dans le cas où le créancier ne s'y présenterait pas (6), et à condition que les fonds seront employés à désintéresser ce dernier.

397. Le troisième cas envisagé par l'art. 2032 est celui où le débiteur s'est obligé à rapporter au

---

(1) Art. 1188.

(2) « *Cum labi facultatibus cœperit*, » dit Hering., c. 25, n° 16.

(3) Pothier, n° 442.

(4) *Code*, 10, 26, *def.* 26.
Junge def. 24.

(5) Cassat., 25 mars 1834.

(6) M. Pardessus, n° 1216.
M. Duranton, t. 18, n° 360.
M. Ponsot, n° 266.

fidéjusseur sa décharge dans un temps déterminé (1).

Rien de plus évident que le droit du fidéjusseur dans cette hypothèse. Cependant on y faisait quelques difficultés dans l'ancienne jurisprudence lorsque la dette était une rente constituée, et que le fidéjusseur qui l'avait cautionnée avait stipulé du débiteur qu'il lui rapporterait sa décharge dans un certain temps.

On disait : Il est de l'essence de la rente constituée que le débiteur ne puisse être contraint à la racheter. Or, autoriser la convention dont il s'agit, qu'est-ce autre chose que ménager au créancier le pouvoir d'arriver par un moyen indirect au remboursement qu'il ne pourrait exiger directement?

Mais Dumoulin (2) et Pothier (3) répondaient : Sans doute, le créancier ne peut pas forcer le débiteur de la rente à la racheter. Ce principe est essentiel. Mais ce n'est pas à dire que le débiteur ne puisse y être contraint par un tiers. *Hoc est verum*, dit Dumoulin (4), *respectu creditoris, vel habentium causam ab eo, et tunc nec directo nec per indirectum potest adstringi debitor. Secùs respectu fidejussoris.*

Quant à la crainte de la fraude, est-ce une raison pour empêcher une convention permise par sa

---

(1) L. 10, C., *Mandati.*
Marsili, n° 216.
Hering., c. 25, n° 22.
Pothier, n°s 442 et 444.

(2) *De usuris*, q. 30.

(3) N° 444.

(4) *Loc. cit.*, n° 250.

nature? Qu'on annule les conventions de ce genre qui seront entachées de collusion et d'usure palliée; mais qu'on respecte celles qui sont faites de bonne foi.

Il est inutile de dire que ces controverses ne peuvent renaître sous le C. c. La légitimité du prêt à intérêt achève d'enlever à l'opinion combattue par Dumoulin et Pothier toute couleur de vraisemblance.

398. Le quatrième cas que prévoit l'art. 2032 est celui où l'obligation principale a un terme fixe d'échéance qui est arrivé. Le fidéjusseur peut craindre alors d'être molesté; et, bien que le créancier n'ait encore rien demandé, il est cependant tellement probable qu'il agira, que le fidéjusseur est fondé à exiger que le débiteur principal remplisse ses engagements et lui apporte l'acquit du cautionnement (1). De ce que le créancier sommeille un instant, il ne s'ensuit pas que le fidéjusseur ne doive pas veiller (2).

399. Le cinquième cas de l'art. 2032 est celui où l'obligation principale, quoique n'ayant pas de terme fixe d'échéance, a cependant duré dix ans. Le fidéjusseur a rendu un service; il n'est pas juste que le débiteur qu'il a voulu obliger le retienne indéfiniment dans les liens d'un cautionnement dont il peut le délivrer en payant.

---

(1) Domat., III, IV, 3, n° 3.
Bourjon, ch. 5, sect. 3, § 15.

(2) Treilhard, *Exposé des motifs.*
(Fenet, t. 15.)

C'est par cette considération que la jurisprudence romaine s'était déterminée à autoriser le fidéjusseur à requérir sa décharge *si reus*, disait Marcellus, *diù in solutione cessavit* (1).

Inutile de dire que ce n'est pas contre le créancier que le fidéjusseur peut user de ce droit. Ce n'est que contre le débiteur. Il est vrai que, dans l'ancien droit romain, la *sponsio* et la *fidepromissio* ne pouvaient durer que deux ans (2), même à l'égard du créancier; mais c'était une entrave au crédit, et le contrat de fidéjussion en avait été affranchi. La fidéjussion durait à l'égard du créancier tant que ce dernier n'était pas payé. Seulement, au bout d'un long temps, le fidéjusseur pouvait forcer le débiteur à le délivrer de son obligation.

400. On voit du reste, par le texte de Marcellus, que les lois romaines ne réglaient pas l'espace de temps au bout duquel le fidéjusseur pouvait exiger d'être rendu quitte du cautionnement. Elles s'en rapportaient à la prudence du juge (3). Toutefois, les interprètes avaient cherché une base de nature à faire cesser l'arbitraire. Suivant les uns, un laps de deux ans suffisait pour qu'on fût dans le cas du long temps, du *diù*, de la loi 38. Ils argumentaient des lois 54, § 1, et 56, D., *Loc. cond.* C'était l'opinion de Bartole. D'autres voulaient que le *diù* n'eût lieu qu'autant que le débiteur était

(1) L. 38, D., *Mandati.*

(2) Caius, III, *com.* 121, loi *Furia.*

(3) Favre, *Ration.*, sur cette loi, d'après Accurse.—Pothier, n° 442. Henrys, *Des cautions.*

resté dix ans sans payer, et cela d'après la loi 16, § 3, D., *Qui et à quib manum. lib. non fiunt.* Cette opinion était dominante dans la pratique (1).

401. Le Code, écartant l'arbitraire du juge, a donné raison aux interprètes qui avaient pensé qu'une règle était nécessaire. Il s'est rangé à l'opinion de ceux qui voulaient que ce ne fût qu'au bout de dix ans que le fidéjusseur réclamât sa décharge.

402. Toutefois, ce secours accordé au fidéjusseur par une pure considération d'équité ne doit pas aller jusqu'à renverser des situations prévues et acceptées. S'il est humain de donner au fidéjusseur le droit de requérir sa décharge, alors que le débiteur omet, par un retard prolongé, de s'acquitter d'une dette sur la prompte extinction de laquelle le fidéjusseur a pu compter, il serait contraire à la justice d'étendre cette faveur au cas bien différent où l'obligation principale n'était pas de nature à être éteinte avant un temps déterminé. D'une part, en effet, la caution a su à quoi elle s'engageait ; elle a dû connaître qu'elle demeurerait obligée tant que cette époque ne serait pas arrivée (2). *Hoc erat*, comme dit Dumoulin, *de naturâ hujus obligationis* (3). Et le fidéjusseur ne

---

(1) Pothier l'avoue, n° 443.

(2) Pothier, n° 443, d'où le § de notre article a été tiré. — M. Duranton a fait à ce § un reproche d'inexactitude grammaticale qui me paraît peu fondé (n° 364). C'est aussi l'avis de M. Ponsot, n° 271.

(3) *Infrà*, n° 405 ; *De usuris*, q. 30, n° 249.

peut se plaindre de la durée de son engagement.

De l'autre (et c'est ici la raison dominante du législateur), le fidéjusseur, en demandant au débiteur principal sa décharge, exigerait l'impossible. De quoi s'agit-il, en effet? d'une dette que sa nature ne permet pas au débiteur d'éteindre encore. Or, comment pourrait-il rapporter au fidéjusseur sa libération, puisque lui-même ne peut se libérer ! ? Faudra-t-il faire violence au créancier et pervertir, pour le bon plaisir du fidéjusseur, la nature des choses?

403. Il suit de là que le fidéjusseur d'un tuteur ne peut demander à être déchargé avant la fin de la tutelle, lors même que cette tutelle durerait depuis plus de dix ans. Ce fidéjusseur a connu la nature de l'obligation à laquelle il accédait, il a su qu'elle ne pouvait être éteinte par le débiteur avant la fin de la tutelle.

Il en est de même de celui qui s'est rendu caution d'un mari pour la restitution de la dot de sa femme. Tant que dure le mariage, la restitution de la dot est impossible, et le fidéjusseur exigerait du débiteur une chose au-dessus de son pouvoir en voulant qu'il lui procure sa décharge (1).

De même, encore, le fidéjusseur d'une rente viagère ne peut obtenir sa décharge avant le décès du crédi-rentier, bien que la rente dure depuis plus de dix ans.

C'est aussi ce qui arrive dans le cas où le fidé-

---

(1) Pothier, *loc. cit.*

jusseur a cautionné un usufruitier ou un preneur par bail à longues années (1).

404. *Quid juris* du fidéjusseur qui a cautionné un receveur des finances, un caissier, etc., etc.?

Je ne crois pas qu'il soit fondé à se prévaloir du bénéfice de notre article. Comment ces employés pourraient-ils faire cesser l'obligation du fidéjusseur et obtenir que le créancier lui donnât décharge? Serait-ce en offrant une autre caution? Non! Le créancier aura le droit de la refuser et de conserver ses droits sur le fidéjusseur primitif. Ce ne serait donc qu'en donnant leur démission et en liquidant avec le créancier qu'ils pourraient satisfaire au désir du fidéjusseur!! Or, le fidéjusseur ne serait-il pas déraisonnable d'exiger un pareil sacrifice? Quoi! il a cautionné les personnes en question pour leur rendre service, et ce serait lui qui voudrait les contraindre à se démettre, à perdre une situation avantageuse!! Sans doute, l'obligation n'a pas de terme fixe d'échéance; mais ce n'est pas une raison pour appliquer notre § 5. Car cette obligation n'est pas de celles dont l'extinction est toujours possible par sa nature. Il a, au contraire, été entendu qu'elle durerait aussi longtemps que faire se pourrait pour l'avantage des débiteurs cautionnés. Le fidéjusseur a dû croire, il a même espéré que ces fonctions seraient viagères; et il manquerait à la loi du cautionnement, qui est un contrat de bienfaisance, s'il le faisait tourner

(1) Pothier, n° 444.

au préjudice des débiteurs. Comme le dit Raviot à propos d'une autre question : « La fidéjussion ne doit pas être l'occasion de la ruine de celui qu'elle a voulu sauver ou soutenir (1). »

405. Mais il n'en est pas de même alors que l'obligation principale, quoique illimitée, est de nature à pouvoir être éteinte.

Par exemple, le fidéjusseur d'une rente constituée peut exiger, au bout de dix ans, que le débiteur principal le décharge en remboursant la rente dans un certain temps qui sera fixé par le juge. La raison en est que si une rente est de nature à durer toujours jusqu'à ce qu'elle soit remboursée, elle est aussi de nature à pouvoir toujours être remboursée (2). Ne la comparez pas à l'obligation du tuteur, du mari, de l'usufruitier, etc., etc. Le tuteur et le mari ne peuvent pas faire finir leur obligation quand ils veulent. L'usufruitier ne pourrait cesser d'être obligé qu'en renonçant à son usufruit, ce qu'il serait absurde d'exiger. Au contraire, le débiteur de la rente est toujours maître de la rembourser, et le fidéjusseur a pu et dû compter que le débiteur rembourserait.

Ne nous étonnons pas, cependant, que Dumoulin ait enseigné le contraire, alors qu'aucune convention n'est intervenue entre le débiteur et le fidé-

---

(1) Sur Perrier, q. 103, n° 20.

(2) Pothier, n° 444.

Basnage, p. 2, ch. 5.

jusseur pour obliger le premier au rachat (1) : « *Hoc est de naturâ hujus obligationis successivæ, et sic » prævisum fuit, et tamen fidejussit et perpetuò se obli- » gavit.* » Ne nous étonnons pas non plus que cette opinion ait été consacrée par la jurisprudence du parlement de Toulouse (2) et du parlement de Grenoble (3).

Dumoulin écrivait sous l'influence de deux idées puissantes, mais qui ne doivent plus nous préoccuper aujourd'hui : d'abord la crainte de l'usure (4); ensuite le respect du texte de la loi romaine, texte qui, pris à la lettre, ne donnait action au fidéjusseur que lorsque le débiteur était négligent à payer : « *si diù cessavit* ; » et cette circonstance ne se vérifiait pas à l'égard du débiteur de la rente. Ce n'était donc qu'en ajoutant à la lettre de la loi romaine que Pothier et les arrêts dont il se prévaut arrivaient à accorder au fidéjusseur une action.

Avec notre article le doute n'est plus permis ; son texte et son esprit repoussent l'opinion de Du moulin (5).

406. Quand le fidéjusseur a, à l'expiration des dix ans, remboursé le capital de la rente afin de

---

(1) *De usuris*, q. 30.
(2) Catellan, t. 2, liv. 5, ch. 21.
(3) Henrys, *Des cautions*, n° 33.
Brillon, v° *Caution*, n° 66.
(4) *Loc. cit.*, n°s 248 et 249.
(5) Merlin, Q. de droit, v° *Caution*.
Bruxelles, 2 avril 1819 ;
1er février 1827.

mettre un terme à son obligation, c'est une question de savoir s'il peut répéter contre le débiteur principal la somme qu'il a déboursée pour ce rachat.

Raviot soutient la négative (1). Le fidéjusseur qui, de son plein gré et sans nulle contrainte, rembourse le créancier principal, doit se contenter des droits et actions de ce créancier; car il a pris librement la cession de ces droits et actions, et par-là il est censé avoir voulu suivre la foi du débiteur. Il est censé n'avoir pas plus de droits que le créancier lui-même qui ne pouvait exiger le capital. En un mot, l'action *mandati contraria* lui fait défaut. Autrement, qu'arriverait-il? Le débiteur, obligé de rembourser un capital qu'il n'a pas, pourrait se trouver ruiné, et le témoignage d'amitié, dont le cautionnement est la marque, deviendrait pour lui une cause de désastre. Sa condition deviendrait plus dure qu'elle ne l'aurait été si aucune caution n'était intervenue.

Pothier, au contraire (2), enseigne qu'à côté de la subrogation, existe l'action *mandati contraria*, que le fidéjusseur peut préférer à la cession d'action. Le fidéjusseur ne doit pas être victime de son office. Privé du capital qu'il a déboursé, il ne doit pas rester à découvert. Il faut qu'il lui soit restitué. Sans cela, le cautionnement serait pour le fidéjusseur une occasion de perte; ce serait une

---

(1) *Loc. cit.*
(2) N° 445.

entrave de plus à ce contrat, si utile cependant et si humain.

Seulement, comme la répétition du capital de la rente peut être onéreuse pour le débiteur, elle ne doit pas s'exercer à la rigueur, et le juge sera facile pour accorder terme au débiteur afin qu'il puisse trouver de l'argent : « *dummodò competens* » *aliquod intervallum detur debitori ad redimen-* » *dum*(1). »

C'est cette opinion qui est la vraie. Raviot s'est laissé éblouir par une couleur d'équité qui a fait disparaître à ses yeux les principes de la matière.

Quand dix années se sont écoulées, n'est-il pas vrai que le fidéjusseur peut obliger le débiteur à le faire tenir quitte par le remboursement? Or, si le fidéjusseur, au lieu d'agir contre le débiteur, préfère, pour plus de promptitude, rembourser lui-même la rente, quelle bonne raison le débiteur a-t-il de désapprouver cette dépense, puisqu'il aurait été obligé à la faire lui-même si le fidéjusseur l'avait exigé (2)?

407. Toutefois, si le débiteur demontre que le fidéjusseur s'est trop hâté de prendre le parti extrême du remboursement; s'il prouve que lui, débiteur, avait un autre moyen de décharger le fidéjusseur : par exemple, qu'il avait à sa disposition une autre caution que le créancier consentait à accepter; alors le fidéjusseur manquera de l'action

---

(1) Dumoulin, *De usuris*, q. 30, n° 259.

(2) *Junge* M Merlin, Q. de droit, v° *Caution*, § 4;
Et M. Pousot, n° 272.

mandati contraria; loin d'avoir fait l'affaire du débiteur, il aura agi contre ses intérêts; il ne jouira que du bénéfice de la subrogation et de la continuation de la rente.

408. Il reste à observer à cet égard que si le fidéjusseur opérait le remboursement avant les dix ans, c'est-à-dire avant d'avoir le droit de demander au débiteur d'être déchargé, il ne serait pas fondé à agir contre ce dernier en répétition. La caution qui, spontanément et sans y être contrainte par le créancier, rembourse ce dernier, agit dans son propre intérêt; elle doit donc se contenter de la subrogation aux droits du créancier. Quant à l'action *mandati* pour se faire rembourser par le débiteur, elle ne saurait la réclamer. Le débiteur n'est censé lui avoir donné mandat de rembourser qu'autant qu'il y a nécessité, et nullement à son caprice et en temps inopportun (1).

409. Pothier voulait cependant que le fidéjusseur qui a fait le remboursement avant les dix ans pût en avoir la répétition après les dix ans. Je ne comprends pas cette opinion. Le remboursement effectué avant les dix ans par le fidéjusseur a désintéressé le créancier et mis à sa place le même fidéjusseur; il a donc nécessairement éteint le cautionnement, nul ne pouvant être à lui-même sa propre caution. Comment, dès lors, et à quel titre le ci-devant fidéjusseur, devenu créancier, pourrait-il (hors le cas de commise) contraindre le dé-

(1) Pothier (*loc. cit.*).
Merlin (*loc. cit.*).

biteur à rembourser (1) ? Ajoutons qu'en se faisant servir la rente pendant un temps plus ou moins long, il est censé avoir renoncé à faire revivre plus tard son prétendu droit de répétition.

410. Tels sont les cinq cas prévus par l'art. 2032. Sont-ils limitatifs?

Beaucoup d'auteurs graves pensaient, dans l'ancienne jurisprudence, qu'il y avait bien d'autres hypothèses où le fidéjusseur pouvait, avant d'avoir payé, agir contre le débiteur principal. Marsili les énumère (2); Hering en compte dix-sept (3); il cite, par exemple, le cas d'inimitié capitale survenue entre le fidéjusseur et le débiteur (4), et c'était l'opinion d'Henrys (5), Ranchin (6), Charondas, etc.

J'estime au contraire que l'art. 2032 est limitatif (7). Dans les cinq cas qu'il énumère, il y a deux ordres d'idées distincts : 1° action fondée sur le droit; 2° action fondée sur la faveur : action fondée sur le droit, toutes les fois qu'il y a pour le fidéjusseur crainte ou danger d'être molesté; action

---

(1) Raviot (*loc. cit.*).
Merlin (*loc. cit.*).
(2) N° 216.
(3) C. 25, n°s 15 et suiv.
(4) Marsili, n° 216.
Hering., n° 30.
(5) *Des cautions*, n° 39.
(6) Sur la quest. 117 de Guy-Pape.
(7) *Junge* M. Ponsot, n° 274.

fondée sur la faveur, dans le § 5 de l'art. 2032, lequel a voulu abréger la durée d'une obligation contractée par esprit de bienveillance.

Or, à quel titre le fidéjusseur réclamerait-il une extension de l'art. 2032? Serait-ce à titre de faveur? Mais le juge n'est pas maître de dispenser des grâces à sa volonté. Le législateur seul a ce droit en connaissance de cause. Ici le législateur a parlé, et il faudrait lui faire dire plus qu'il n'a dit.

Serait-ce à titre de droit que le fidéjusseur demanderait sa décharge? Mais alors il faut qu'il prouve qu'il est exposé à être molesté par le créancier. C'est là la base des quatre premiers paragraphes de l'art. 2032.

A la vérité, nous avons vu, au titre du mandat, que l'inimitié capitale survenue entre le mandant et le mandataire est une juste cause qui autorise le mandataire à s'abstenir dorénavant de l'exécution du mandat (1) ; et l'on sait que, bien souvent, le mandat et le cautionnement marchent d'un pas égal. Néanmoins, il ne faut pas toujours juger de l'un par les principes de l'autre. Le cautionnement n'est pas un mandat pur et simple ; il a des règles qui lui sont propres. L'une de ces règles est que le fidéjusseur n'a pas d'action avant d'avoir payé (art. 2028). Si cette règle fléchit, c'est seulement dans les cas exprimés par l'art. 2032. Il n'est pas permis de la limiter par d'autres exceptions.

Enfin, si l'on coordonne l'art. 2032 avec l'ar-

(1) N° 803.

2033 qui se réfère à lui, on verra plus clairement encore que le caractère restrictif du second ne peut être conservé qu'en renfermant le premier dans ses limites expresses.

411. Examinons maintenant à quels fidéjusseurs l'art. 2032 est applicable.

D'abord, il est évident qu'il ne saurait profiter au fidéjusseur qui a cautionné le débiteur malgré lui.

412. Mais peut-il être invoqué par le fidéjusseur qui a cautionné le débiteur à son insu, et a utilement géré son affaire? Je le pense. L'action *negotiorum gestorum* suffit pour motiver le recours du fidéjusseur (1).

413. Ce recours appartient également au fidéjusseur qui s'est obligé solidairement avec le débiteur principal (2). Plus il est exposé, plus l'art. 2032 entend le protéger.

414. Ce que nous disons d'un fidéjusseur solidaire doit-il être étendu au cas où il s'agit de plusieurs débiteurs solidaires d'une dette qui ne concerne que l'un des obligés? L'art. 1216, qui assimile à des cautions les autres co-obligés, conduit nécessairement à appliquer l'art. 2032.

415. Nous en disons autant de la femme qui s'est engagée conjointement avec son mari et qui, d'après l'art. 1431, n'est réputée à son égard qu'une caution. «Considérant, dit un arrêt de la

---

(1) M. Ponsot, n° 276.
(2) *Id.*

» Cour de cassation du 2 janvier 1838 (1), qu'aux » termes de l'art. 1431, combiné avec l'art. 2032 » du même Code, la femme obligée solidairement » avec son mari et considérée comme sa caution » peut, même avant d'avoir payé, agir contre le dé- » biteur pour être par lui indemnisée, lorsque le » débiteur a fait faillite ou est en déconfiture. »

Et c'est ce qu'avait expressément jugé un arrêt antérieur de la même Cour du 25 mars 1834 (2).

Néanmoins, des tiraillements existent encore dans la jurisprudence, et les arrêts ne sont pas tous d'accord (3). Mais je suis porté à croire que les circonstances du fait, plutôt que les incertitudes du droit, ont déterminé les décisions qui paraissent s'éloigner des règles adoptées par la Cour de cassation dans les deux arrêts précités.

416. *Quid juris* de celui qui a hypothéqué son fonds pour la dette d'autrui?

La Cour de Bruxelles, par arrêt du 2 avril 1819, a décidé que le bénéfice de l'art. 2032 pouvait lui profiter. Cet arrêt équitable est désapprouvé par M. Dalloz (4) et défendu par M. Ponsot (5). La

---

(1) Devill., 38, 1, 560;
Dal., 38, 1, 108.
M. Ponsot, n° 276.

(2) Dev. 34, 1, 272; Dal., 34, 1, 137.

(3) Orléans, 1er déc. 1836 (Dev., 37, 2, 89).
Cass., 16 juillet 1832 (Dev., 32, 1, 833; Dal., 32, 1, 322).

(4) *Cautionnement*, p. 371, 372.

(5) N° 22.

question est tranchée dans le sens de l'arrêt de Bruxelles par la loi 38, D., *Mandati*, qui a échappé aux recherches de ces deux auteurs. Cette loi est tirée des écrits de Marcellus. Mævius et Titius avaient une maison en commun, et Mævius l'hypothéqua tout entière à une dette à lui personnelle, mais toutefois avec la permission de Titius consentant et acceptant. Plus tard, quoique la dette ne fût pas encore payée, Titius actionna Mævius pour obtenir du juge que sa part de maison fût libérée et purgée. Là-dessus, que décide Marcellus? C'est d'abord au contrat de mandat que le jurisconsulte rattache la difficulté. Le consentement donné par Titius à l'engagement de sa chose pour la dette d'autrui lui paraît rentrer dans le domaine de ce contrat et autoriser l'action *mandati* au profit de Titius. Ceci posé, il assimile l'hypothèque donnée pour la dette d'autrui au cautionnement, et il décide que ces deux agissements marchent d'un pas égal et obéissent ici à une règle semblable. NON ABSIMILIS *illa, quæ frequentissimè agitari solet, fidejussor, an et priùs quàm solvat, agere possit ut liberetur*. Les raisons de décider sont en effet les mêmes; l'équité parle le même langage dans un cas et dans l'autre, et le juge doit venir au secours de celui qui, de quelque manière que ce soit, s'est obligé pour autrui et est exposé à être victime de sa générosité.

SECTION III.

De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

Article 2033.

Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

Mais ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncés en l'article précédent.

SOMMAIRE.

417. Transition. Des effets du cautionnement entre plusieurs cofidéjusseurs.

418. L'ancien droit romain établissait une société de plein droit entre les *sponsores* et les *fidepromissores*.

Mais, dans la *fidejussio*, le fidéjusseur qui avait payé le total, n'avait de recours contre les autres fidéjusseurs qu'autant qu'il s'était fait subroger.

Raison de cet état de choses.

419. Suite.

420. L'ancien droit français admet la subrogation de plein droit.

421. Le Code civil a imité ce droit équitable, et le recours du fidéjusseur est fondé autant sur une subrogation de plein droit que sur une utile gestion d'affaires.

422. Mais le fidéjusseur ne saurait agir contre ses cofidéjusseurs qu'à la condition d'avoir payé.

423. Le recours organisé par l'art. 2033 ne saurait être rattaché à l'existence d'une société entre cofidéjusseurs.

424. Si le fidéjusseur est poursuivi, ne pourra-t-il pas agir contre ses cofidéjusseurs ?

425. Le recours du fidéjusseur contre ses cofidéjusseurs est encore subordonné à la condition d'avoir payé en ayant juste sujet de le faire.

Combinaison de l'art. 2033 avec l'art. 2032.

426. Le recours s'exerce contre tous les cofidéjusseurs, alors même que les cautionnements auraient été donnés par actes successifs.

427. Mais le fidéjusseur aura-t-il son recours contre celui qui a donné, non pas un cautionnement proprement dit, mais une hypothèque sur ses immeubles ?

Résolution négative.

428. Suite.

429. Suite. La caution doit d'ailleurs être toujours discutée avant d'arriver aux tiers détenteurs. La caution est par rapport à eux un *obligé principal.*

430. La caution ne peut donc faire contribuer les tiers détenteurs.

431. En quel sens a-t-il été dit au n° 353 que la subrogation fait passer au fidéjusseur le bénéfice de l'hypothèque appartenant au créancier ?

432. Des parts pour lesquelles doivent contribuer les cofidéjusseurs. Ils contribuent pour leur part et portion.

433. En est-il de même lorsque le cofidéjusseur s'est fait subroger expressément par le créancier qui avait action solidaire contre tous les fidéjusseurs?

Réfutation de la doctrine de M. Toullier qui soutient que la subrogation expresse donne au subrogé, en pareil cas, action solidaire.

434. Ancienne jurisprudence.

435. Le C. c. a voulu se conformer à son dernier état.

436. Art. 1214 combiné avec l'art. 2033. M. Toullier les repousse parce qu'ils ne parlent que de la subrogation légale.

Mais il n'y a pas de différence entre la subrogation légale et la subrogation expresse, si ce n'est que l'une émane de la loi et l'autre de la volonté.

437. Suite.

438. Suite. Invocation de l'art. 875 C. c.

439. Il n'est pas vrai, comme le soutient M. Toullier, que la crainte d'un circuit d'actions soit chimérique.

440. Si l'un des cofidéjusseurs est insolvable, la perte se répartit sur les autres solvables.

441. Du cas où il y a plusieurs débiteurs solidaires et des fidéjusseurs séparés, et où l'un d'eux a payé le total.

442. *Quid juris* du cas où le créancier ne peut céder ses actions contre les autres cofidéjusseurs ?

Renvoi.

COMMENTAIRE.

417. Après avoir considéré le cautionnement dans ses effets entre le fidéjusseur et le créancier, et entre le débiteur et la caution, il reste à déterminer les effets qu'il produit entre les cofidéjusseurs du même débiteur. Tel est l'objet de notre section et de l'article unique dans lequel elle est renfermée.

418. Nous avons vu, par l'art. 2025, que lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette (1). Si donc le créancier s'adresse à l'une d'elles pour en avoir un paiement total, et qu'il l'obtienne, le fidéjusseur qui a payé seul aura-t-il un recours contre ses cofidéjusseurs ? Si les actions que la loi lui assure contre le débiteur principal sont inefficaces par l'insolvabilité

(1) *Suprà*, n°s 288, 289 et suiv.

de ce dernier, restera-t-il désarmé à l'égard de ses cofidéjusseurs, lui qui a supporté tout le poids d'un paiement auquel ils étaient obligés aussi bien que lui ?

Dans l'ancien droit romain, il y avait une loi Apuleia d'après laquelle il existait, de plein droit, une espèce de société entre les *sponsores* et *fidepromissores* d'un même débiteur; en sorte que si l'un d'eux payait la dette entière, il pouvait agir contre les autres par l'action *pro socio* pour se faire indemniser de ce qui excédait sa part et portion (1).

Cette idée était équitable; et cependant elle resta propre à la *sponsio* et à la *fidepromissio ;* elle ne fut pas étendue à la fidéjussion, quoique la fidéjussion eût été imaginée pour perfectionner la *sponsio* et la *fidepromissio.* Caius nous apprend que les fidéjusseurs ne pouvaient se prévaloir de la loi Apuleia (2). Celui d'entre eux qui avait payé toute la dette n'avait de recours contre ses cofidéjusseurs qu'autant qu'il s'était fait subroger dans les droits du créancier (3). Que s'il avait omis de se faire céder les actions de ce dernier, c'est en vain qu'il aurait demandé à ses cofidéjusseurs d'entrer avec lui en contribution. Ceux-ci lui auraient répondu: Nous n'avons contracté avec vous aucune obligation.

---

(1) Caius, III, *Com.* 122.
(2) III, *Com.* 122.
(3) Caius, *loc. cit.*
Modestin, l. 39, D., *De fidejuss.*
Alex., l. 11, C., *De fidej.*
Doneau sur cette loi, nos 1 et 3.

Tout ce que nous avons voulu, vous tout le premier, c'est d'obliger le débiteur principal. Or, quand vous avez payé, vous avez accompli votre propre engagement ; si vous avez fait l'affaire du débiteur, vous n'avez pas fait la nôtre, et vous ne pouvez vous prévaloir contre nous ni de l'action *mandati*, ni de l'action *negotiorum gestorum* (1).

419. Ce raisonnement pouvait avoir, en droit strict, de l'autorité; il était faible en équité. Les cofidéjusseurs, en effet, auraient pu être actionnés pour leur part et portion par le créancier, et alors ils auraient dû contribuer au paiement de la dette. En sera-t-il autrement parce que le créancier, suivant une autre voie, a exigé d'un seul le total de la dette? Il semble que non! sans quoi les fidéjusseurs non inquiétés profiteraient, aux dépens de leur cofidéjusseur, du choix que le créancier a fait de lui pour payer le total. En réalité, ce dernier a fait leur affaire en les libérant d'une dette commune (2). Qu'importe qu'il ne les ait libérés que par voie de conséquence (3)? Il faut voir le résultat, la réalité. Et assurément c'était une idée ingénieuse que celle de l'ancien droit sur la *sponsio* et la *fidepromissio*, lequel, cherchant une comparaison vraisemblable,

---

(1) Doneau, *loc. cit.*, n° 2.

(2) Pothier, n° 446.

(3) « *Liberat debitorem principaliter, fidejussor per consequentiam,* » dit Doneau (*loc. cit.*), pour écarter l'action *Negot. gest.*

avait ramené la situation à une sorte de société et accordé l'action *pro socio.*

420. L'ancien droit français repoussa les idées trop sévères du dernier état de la jurisprudence romaine. Il n'exigea pas de subrogation. Il voulut que les cofidéjusseurs non inquiétés fussent tenus, de plein droit, de supporter leur part d'un paiement qui en réalité leur avait profité autant qu'à celu qui avait payé. Telle était la disposition de la coutume de Bretagne (1).

Ce n'est pas toutefois l'action *pro socio* qu'on donna pour sanction à ce droit du fidéjusseur qui avait payé. On ne connaissait pas Caius et la loi *Apuleia.* On se rattacha à l'action *utilis negotiorum gestorum* (2), et pour cela on ne fit qu'appliquer aux fidéjusseurs les principes que le droit romain lui-même avait établis à l'égard de plusieurs cotuteurs, principes d'après lesquels le tuteur qui avait payé avait contre les autres cotuteurs l'action utile *negotiorum gestorum* (3).

D'Argentré a signalé en ces termes ce progrès de la jurisprudence française : « *Quare nullâ ratione tàm* » *sophistici juris habitâ, dedimus actiones fidejussoribus* » *à confidejussoribus partem virilem petentibus, ex æquo*

---

(1) Art. 194 ;
Et d'Argentré sur l'art. 213 de l'ancienne coutume, n° 3.
Pothier, n° 446.

(2) Pothier, n° 446.

(3) Ulpien, l. 1, § 10, D., *De tut. et rat. dist.*

» *et bono, vitato inutili circuitu, et nimiùm formula-* » *rio* (1). »

421. Notre article consacre cette ancienne jurisprudence, et, sous ce rapport, il est beaucoup plus parfait que la jurisprudence classique de Rome. Il assure au fidéjusseur qui a payé un recours contre les autres fidéjusseurs qui auraient pu être recherchés à sa place pour le paiement.

Mais sur quelles bases repose ce recours? Est-il le résultat d'une subrogation dans les droits du créancier, comme quelques-uns l'enseignent (2)? Découle-t-il d'une gestion d'affaires *utilis*, comme le voulait Pothier? Je pense que l'un et l'autre peuvent être admis. Le fidéjusseur qui a payé est certainement subrogé de plein droit au créancier. C'est là un effet nécessaire qui trouve dans l'art. 1251, n° 3, du C. c., sa légitimité; et l'on ne voit pas pourquoi notre article ne serait pas considéré comme une application du principe posé dans ce même article 1251. D'un autre côté, il faut aussi reconnaître que le fidéjusseur qui paie est nécessairement aussi un *negotiorum gestor utilis* de ses cofidéjusseurs; et la force des choses conduit à accepter, sous l'empire de l'art. 2033, les idées que l'ancien droit français avait émises sur ce sujet. Nous disons donc que l'art. 2033 institue au profit du fidéjusseur deux actions distinctes, et qu'il les englobe dans sa rédaction à toute fin: une action

(1) *Loc. cit.*, n° 3.

(2) M. Zachariæ, t. 3, p. 164.

venant de la subrogation et du chef du créancier payé ; une action provenant du chef du fidéjusseur lui-même et appartenant à la classe de la gestion d'affaires.

Au surplus, ces deux actions, quoique tendant au même but (à savoir , l'indemnité du fidéjusseur payant) , et quoique ayant quelques effets communs , sont cependant fort différentes (1) , et le résultat n'en est pas toujours identique. Ainsi, par exemple, la subrogation, transférant au subrogé certaines garanties, certaines prérogatives dont le créancier était investi, procure souvent au fidéjusseur une indemnité plus sûre que la simple action *negotiorum gestor utilis.*

422. Ce recours du fidéjusseur est soumis à une condition : c'est qu'il ait payé, c'est qu'il ait désintéressé le créancier. Notre article le déclare expressément; et, par-là, il a voulu condamner une opinion qui, dans l'ancienne jurisprudence, avait trouvé de nombreux appuis (2), et qui consistait à soutenir que le fidéjusseur pouvait, même avant d'avoir payé, et dans le cas d'un péril à redouter, contraindre ses cofidéjusseurs à contribuer avec lui au paiement de la somme due en commun au créancier. Cette opinion était exagérée, comme Pothier l'a très bien démontré (3). Avant d'avoir payé, le cofidéjusseur est sans droit. Ce n'est que

---

(1) Argument de ce que nous disions, *suprà*, n°s 353 et 354.

(2) Basnage, *Hypoth.*, part. 2, ch. 6.
Brodeau sur Louet, lettre *F*, ch. 27.

(3) N° 446.

du paiement que naît soit la subrogation, soit l'action *negot. gest. utilis* que l'équité lui a fait donner.

423. Et par-là l'on voit que le recours du cofidéjusseur ne provient, pas plus sous le C. c. que sous l'ancien droit français, d'une société présumée entre les cofidéjusseurs. Il dérive du paiement seul, qui a libéré les autres fidéjusseurs d'une dette qui aurait pu venir s'appesantir sur eux (1). Comment, en effet, pourrait-il y avoir société sans contrat de société? Où serait surtout la société si les fidéjussions avaient été données successivement?

424. Toutefois, faudra-t-il attendre nécessairement le paiement? Ne suffira-t-il pas que le fidéjusseur soit poursuivi? Les poursuites ne seront-elles pas une cause de recours équivalente au paiement effectué? Pothier le pensait (2), et cette opinion est pleine d'équité.

Les rédacteurs de l'article 2033, qui avaient sous les yeux le livre de Pothier, se sont servis de termes qui la repoussent. C'est de leur part une intention réfléchie. Puisque l'action résulte du paiement, il faut que le paiement soit effectué; puisque cette action n'est qu'une action *negotiorum gestorum utilis*, il faut que l'affaire ait été gérée; ou bien, si l'on veut qu'elle soit la conséquence de la subrogation, comment pourrait-elle précéder la subrogation et le fait même d'où naît la subrogation?

---

(1) Pothier, n° 446.

(2) *Loc. cit.*

425. Il ne suffit pas que le fidéjusseur ait payé; il faut encore qu'il ait payé en ayant un juste sujet de le faire; et, d'après l'art. 2033, ce juste sujet n'existe qu'autant qu'il a payé dans les cas énumérés par l'art. 2032. Si le fidéjusseur avait payé hors ces cas, l'action en recours lui échapperait.

Notez bien que toutes les cinq hypothèses prévues par l'article 2032 sont bonnes pour autoriser le fidéjusseur qui a payé à recourir contre ses cofidéjusseurs. Selon quelques auteurs, cependant, les cas indiqués aux nos 1, 2 et 4 de l'article 2032 seraient les seuls dans lesquels la caution aurait un recours contre ses cofidéjusseurs (1). Mais il suffit de lire le rapport de M. Chabot au Tribunat pour se convaincre du peu de fondement de cette opinion. Le texte, d'ailleurs, ne parle-t-il pas clairement? Voici les expressions de M. Chabot (2) : « Néanmoins ce fidéjusseur ne peut exercer le re-
» cours s'il a payé sans avoir été poursuivi en jus-
» tice par le créancier; ou sans que le débiteur fût
» en faillite ou en déconfiture; ou avant l'expiration
» du terme auquel le débiteur s'était obligé de lui
» rapporter décharge; ou avant l'échéance de l'obli-
» gation; ou avant l'expiration des dix années, lors-
» que l'obligation n'avait pas de terme fixe d'é-
» chéance; ou avant l'expiration du temps déter-
» miné pendant lequel cette obligation était de na-
» ture à ne pouvoir s'éteindre. »

---

(1) M. Duranton, no 366, t. 18.
M. Ponsot, no 292.
(2) Fenet, t. 15, p. 58.

La pensée du législateur se révèle ici avec les plus minutieux détails. Il n'est pas possible de la méconnaître par des restrictions aussi contraires à son texte qu'à son esprit (1).

426. Mais contre quels cofidéjusseurs celui qui a payé a-t-il recours? Il a son recours contre tous ceux qui, comme lui, ont prêté leur cautionnement. Peu importe que ces cautionnements n'aient pas été donnés simultanément; peu importe qu'ils aient été donnés par actes séparés et successifs. L'article 2033 est général; il ne fait pas de distinctions; la raison, d'ailleurs, n'en demande pas (2).

427. Le fidéjusseur a-t-il action contre celui qui, sans avoir fourni de cautionnement personnel, n'a fait qu'hypothéquer son immeuble à la dette cautionnée? *Pone* :

Pierre, voulant prendre à ferme un domaine considérable, donne au bailleur Primus pour caution. Secundus consent de plus, non pas à être caution. mais à hypothéquer, à la sûreté des fermages, son immeuble A. Primus, poursuivi par le bailleur, paie. Pourra-t-il forcer Secundus à contribuer (3)? La négative me semble certaine.

En premier lieu, Secundus n'a contracté aucun engagement personnel. Il n'était pas tenu de payer. Primus n'a donc pas contre lui l'action *negotiorum gestorum utilis*.

---

(1) *Junge* M. Zachariæ, t. 3, p. 164, note (1).

(2) M. Ponsot, n° 282.

(3) *Contrà*, M. Ponsot, n° 283.

En second lieu, ce serait tout aussi vainement que Primus se prévaudrait de l'article 1251, n° 3, pour se prétendre subrogé dans le droit du créancier d'agir contre l'immeuble hypothéqué. En principe, les obligés personnels sont plus étroitement liés que ceux qui sont obligés *re tantùm*. Ceux-ci ne sont tenus qu'à défaut de ceux-là (1). Ils n'ont engagé leur chose que pour sûreté de l'engagement personnel; quand l'engagement personnel a été rempli, leur chose est immédiatement libérée. La dette principale étant éteinte, l'accessoire de cette dette disparaît. Si, dans l'espèce, le bailleur avait agi contre Secundus, et que Secundus eût payé, il aurait une action en recours contre les obligés personnels pour se faire intégralement rembourser; contre le débiteur principal, en vertu de l'article 2178; contre la caution, en vertu de la subrogation légale dans les droits du créancier. Et cette subrogation ne pourrait être diminuée par aucune part à lui personnelle, puisqu'il n'est pas obligé personnel. Tout cela est élémentaire, et je m'étonne que des idées si certaines, si juridiques, aient été quelquefois méconnues (2).

428. Elles acquièrent un plus haut degré d'évidence si l'on met un tiers détenteur à la place de celui qui avait consenti à l'hypothèque de sa chose. Posons un exemple :

---

(1) Argument de l'art. 2170 C. c.

Mon com. des *Hypothèq.*, t. 3, n° 796.

(2) Par exemple, par M. Ponsot, dont le livre est cependant très estimable et très utile (n° 283).

Pierre emprunte 10,000 à Jacques. Il hypothèque l'immeuble A pour sûreté de cet emprunt, et se fait cautionner par Primus. Plus tard, Pierre vend à Secundus l'immeuble A. Enfin il tombe en déconfiture, et Jacques se fait payer par Primus. Est-ce bien sérieusement qu'on soutiendra que Primus pourra se prévaloir de notre article pour forcer Secundus à contribuer? Comment! Si Secundus avait été inquiété par le créancier, il aurait pu lui dire : « Avant de vous venger sur moi, discutez » le débiteur principal et sa caution qui possèdent » d'autres immeubles à vous hypothéqués (il faut » supposer cette circonstance); ce n'est qu'autant » que cette discussion vous laissera à découvert » que vous pourrez me déposséder. Ainsi le veut » l'art. 2170 du C. c. (1). »

Or, quand le tiers détenteur peut repousser le créancier par une telle exception, quand il est certain que le fidéjusseur doit être discuté dans les immeubles hypothéqués à la dette, *usque ad peram* (2), avant qu'on arrive jusqu'à lui, il serait possible que le fidéjusseur le forçât à entrer en contribution !

429. Mais, me dit-on (3), ne prêtez-vous pas à l'article 2170 un sens trop étendu? Cet article n'exige que la discussion préalable des principaux obligés. Or, le fidéjusseur n'est pas un principal

---

(1) Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, nos 796 et 800 (*bis*).

(2) *Suprà*, no 244.

(3) Voy. M. Ponsot, no 283, et M. Mourlon, *Dissert. sur la subrogation*. Revue étrangère, 1845, p. 741, 742.

obligé; il n'est qu'un obligé accessoire. La formule de la loi n'est donc pas applicable aux cautions. Si le législateur eût voulu les comprendre, il eût dit, comme dans l'art. 1252 : « tant contre les cautions que contre les débiteurs principaux. » On n'a qu'à consulter les dispositions de la loi relatives au cautionnement, et partout on trouvera les expressions *débiteur principal* réservées pour désigner la personne dans l'intérêt de laquelle la dette a été contractée : 1287, 1288, 1294, 2014, 2022, 2023; 2028, 2030, 1281, 2031, 2035, 2039, 2049. Elles ne sont, en aucun cas, employées pour désigner cumulativement le débiteur et la caution (1).

J'ai réfuté ailleurs cette opinion (2). Ajoutons quelques mots à notre démonstration.

J'ai souvent entendu regretter que le C. c. n'ait pas un titre *De verborum significatione*, à l'exemple du droit romain. Si ce titre existait, on ne se trouverait pas arrêté par de telles controverses. Parlons, en effet, le langage du droit tel qu'il était fixé avant le C. c., et tel que le C. c. a bien certainement voulu qu'il restât fixé dans ses formules. Or, dans la bouche des jurisconsultes, les mots *obligés principaux* ont toujours compris les cautions, alors qu'il s'est agi de dessiner la différence de position qui existe entre le tiers détenteur, tenu *re tantùm*, et ceux qui ont contracté un engagement personnel. Le fidéjusseur est, par rapport au tiers détenteur, un obligé principal, parce que le lien personnel,

(1) M. Mourlon, *loc. cit.*, p. 741, 742.

(2) Mon com. des *Hypothèques*, n° 800 (*bis*).

qui est le lien principal, l'enchaîne invinciblement, tandis que le tiers détenteur, n'étant pas obligé personnel, n'est jamais tenu qu'à titre d'accessoire (1). Je ne répéterai pas ici les citations que j'ai faites dans mon commentaire des *Hypothèques* pour prouver cette vérité. Elles sont nombreuses; elles sont textuelles et tranchantes. J'en rappellerai une seule, parce qu'elle sert à fixer le sens des mots. « *Fidejussores conveniendi sunt* (dit Huberus) (2), *qui* » *scilicet ut principales debitores sunt obligati et actionem* » *principalem participant.* » Voilà bien l'étendue des expressions « *obligés principaux* » définie; voilà bien les cautions rangées dans la classe des obligés principaux comparativement au tiers détenteur. Et notez bien qu'Huberus n'est que l'écho de la rubrique de la novelle 4, telle que la donne le savant Godefroy : « *Ut creditores primo loco conveniant* PRINCIPALEM. » Vous voyez le mot *principalem* employé tout exprès pour résumer les dispositions d'une loi qui déclare qu'il faut passer sur le corps des fidéjusseurs avant d'arriver au tiers détenteur. Eh bien! lorsque l'article 2170 se sert de cette locution usuelle et consacrée, on prétend lui enlever sa véritable portée, sous prétexte que, dans ses rapports avec le débiteur principal, le fidéjusseur est un obligé accessoire! Véritablement, c'est oublier la signification des mots, et parler une langue à sa guise.

430. Loin donc que le fidéjusseur ait aucune

---

(1) *Suprà*, n° 22.

(2) Prælect., *De pignorib. et hypoth.*

action à exercer contre le tiers détenteur, c'est le tiers détenteur, au contraire, qui, lorsqu'il a été dépossédé et exproprié, est subrogé aux droits du créancier désintéressé avec le prix de sa chose (art. 1252), et a, par cette subrogation, une action entière contre tous les obligés personnels, au nombre desquels se trouve le fidéjusseur. Je dis » entière, » parce que le tiers détenteur, n'étant pas obligé personnel, n'a pas de part virile à supporter, et qu'on ne peut lui imposer aucun retranchement personnel.

Au reste, les adversaires de cette opinion sont eux-mêmes obligés de convenir qu'elle est la plus générale (1). Et non-seulement elle est la plus générale, mais elle a encore pour elle l'autorité des noms les plus vénérés, les Favre (2) et les Loyseau (3), les Pothier (4).

431. Ceci n'infirme pas ce que nous avons dit *suprà* (5), savoir : que la subrogation fait passer au fidéjusseur le bénéfice de l'hypothèque appartenant au créancier. Elle le lui communique, en effet, toutes les fois que l'hypothèque n'est pas assise sur un immeuble qui est passé dans les mains de détenteurs préférables au fidéjusseur.

Ce serait donc bien vainement qu'on opposerait

---

(1) M. Mourlon, *loc. cit.*, p. 741, n° 2.

(2) *Code*, lib. 8, t. 6; déf. 32.

(3) N° 3, ch. 8, n°s 6, 7, 8.

(4) Introd. à la cout. d'Orléans, t. 20, ch. 1, *art. prélim.*, sect. 3, art. 1, § 2, n° 34, et § 5, n° 42.

(5) N° 353.

à notre interprétation de l'art. 2170 (1) l'art. 2037, qui décharge le fidéjusseur de son obligation lorsque la subrogation à l'hypothèque ne peut plus s'opérer à son profit, par le fait ou la faute du créancier; car l'hypothèque dont il est question dans cet article n'est pas une hypothèque quelconque; c'est seulement l'hypothèque sans tiers détenteur qui puisse se prémunir en faisant valoir un droit préférable au fidéjusseur.

J'avoue cependant que, dans l'ancien droit romain, la subrogation expresse requise par la caution qui avait payé lui donnait droit d'agir contre les hypothécaires (2). Mais la jurisprudence justinienne a changé cet état de choses; elle a préféré les tiers détenteurs aux obligés personnels; elle a, avec raison, reporté sur ceux-ci le poids de la dette. Telles sont aussi les idées du droit français.

432. Maintenant, voyons quelles sont les parts pour lesquelles le fidéjusseur qui a payé peut exiger que ses cofidéjusseurs contribuent avec lui.

D'après l'art. 2033 (et c'était aussi la doctrine de Pothier) (3), le fidéjusseur payant n'a de recours contre chacune des autres cautions que pour sa part et portion. La raison en est simple. Veut-on que ce fidéjusseur soit considéré comme

---

(1) Comme le fait M. Mourlon, *loc. cit.*, p. 742.

(2) Gordian., l. 14, C., *De fidej.*
Et Doneau sur cette loi, n° 1.
Mon com. des *Hyp.*, t. 3, n° 790.

(3) N° 523.

ayant été le *negotiorum gestor* des autres fidéjusseurs? Évidemment, alors, son action ne peut tendre qu'à exiger d'eux leur part et portion respective. Veut-on, au contraire, qu'il soit considéré comme subrogé aux droits du créancier qui a été payé par lui? Mais alors viennent à la fois et l'art. 1214 du C. c., et la nécessité d'éviter le circuit d'actions signalé par moi au numéro 369 ci-dessus (1).

433. En est-il de même lorsque le fidéjusseur qui a payé, ne se contentant pas de la subrogation légale, s'est fait expressément subroger aux droits du créancier? Dans ce cas, a-t-il contre les autres cautions l'action solidaire qu'avait le créancier cédant (sous la déduction de sa part, bien entendu)?

Cette question ne serait pas controversable si M. Toullier (2) n'avait cherché à faire revivre sous le C. c. une opinion vaincue dans l'ancien droit, et qui consiste à soutenir qu'il faut accorder à la caution, qui paie avec subrogation expresse, l'action solidaire du créancier. Il me semble que cette opinion est encore moins soutenable sous le C. c. que dans l'ancienne jurisprudence (3).

434. Autrefois il y avait eu là-dessus de grandes hésitations et de nombreuses controverses. Cependant on avait fini par arriver à une opinion commune, respectée par les arrêts et par les meilleurs auteurs. Lorsque le codébiteur solidaire avait payé

---

(1) Pothier, nos 523 et 281. Ancien Journal du Palais, t. 1er, p. 615.

(2) *Droit civil*, t. 7, n° 163.

(3) *Junge* M. Ponsot, n° 290.

le total de la dette avec subrogation expresse, lorsque l'une des cautions avait payé le total avec la même précaution, on tenait pour constant que cette subrogation ne donnait à ces personnes qu'un recours partiel et non pas un recours solidaire. Pour quelle raison? Parce qu'autrement il se serait fait un circuit d'actions. « *Diceret iste Secundo conventus* : « CEDAS MIHI ACTIONES IN SOLIDUM CONTRA » ALIOS. » *Et sic necesse haberet cedere contra seipsum; et sic petere pro parte suâ quod redditurus esset.* » Ainsi parle Bartole (1).

Et ceci est frappant de justesse et d'équité, quoique dans d'autres parties de son commentaire ce célèbre interprète ait quelque peu embrouillé la question. Il est clair, en effet, que tous étant tenus également d'une action solidaire, leur condition doit être égale (2).

Cette doctrine était professée par Renusson (3) et par Pothier (4). La dernière jurisprudence du parlement de Paris, rétractant d'anciens arrêts rapportés par Louet (5), Charondas (6), etc., y était conforme (7). En droit, les circuits d'action doivent toujours être évités. Cette raison était la

---

(1) Sur la loi *Modestinus*, 76, D., *De solut.*, n° 9.

(2) Renusson, ch. 8.

(3) *Loc. cit.*

(4) *Oblig.*, n°s 281 et 523.

(5) Lett. *R*, som. XI.

(6) Rép., liv. 6 ; rép. XI.

(7) Journal du Palais, t. 1, p. 615. Les nouveaux arrêts sont des 22 février 1650 et 5 sept. 1674 ; Renusson les rapporte.

base de ce notable changement de jurisprudence.

435. Ce ne sont assurément pas les errements des vieux arrêts que le C. c. a suivis. Sa pensée se dévoile dans les articles 1214 et 2033. En substituant la subrogation légale à la subrogation expresse requise par l'ancien droit, il règle les effets de celle-là sur les effets que l'opinion des docteurs, de Renusson, de Pothier, et les nouveaux arrêts du parlement de Paris attribuaient à celle-ci. Il proscrit l'opinion qui accordait le recours solidaire, et fait prévaloir celle du recours divisé. Le recours *pro parte* lui paraît l'état normal. Il l'adopte, et en fait la conséquence de la subrogation légale.

436. Les articles 1214 et 2033 paraissent donc tranchants. Cependant M. Toullier les repousse. Ils ne s'occupent, dit-il, que de la subrogation légale, tandis que la question posée a en vue une subrogation expresse. Or, la subrogation légale et la subrogation expresse diffèrent profondément, et les différences de leur nature expliquent la différence de leurs effets.

Ici M. Toullier est conduit, par la nécessité de son système, à outrer la parité de la subrogation expresse avec la cession et le transport. Je lui ai reproché ailleurs l'erreur de cette assimilation exagérée (1). Je persiste plus que jamais dans ma critique. Non, il n'est pas vrai que la subrogation expresse soit un transport dans l'exactitude des

(1) Mon com. des *Hypothèques*, t. 1, n° 353 (*bis*).

mots et des choses (1). Elle n'a ni la cause ni les effets de la vente. Elle est une situation *sui generis*, à laquelle le droit des nations modernes a donné le nom de subrogation, pour la distinguer de la cession et d'autres agissements avec lesquels elle a des rapports de ressemblance et non pas des rapports d'identité (2).

437. Ceci posé, qu'est-ce que la subrogation légale, sinon une cession d'actions faite par la loi pour dispenser les parties de la précaution et de la rigueur d'une cession d'actions expresse? Quelle différence y a-t-il, dès lors, entre la subrogation expresse et la subrogation légale, si ce n'est que l'u neémane de la convention, l'autre de la loi (3)? Et lorsque le C. c. a trouvé si juste, si rationnel, si équitable, le recours divisé attribué jadis à la subrogation expresse, qu'il en a fait la condition de la subrogation légale, comment peut-on croire que, sous ce même Code, la subrogation expresse doit aspirer à des effets différents et plus étendus? Est-il possible que, lorsque le législateur a ratifié ces effets en en faisant le lot de la cession légale, la cession expresse ne veuille plus aujourd'hui s'en contenter, elle qui jadis avait été amenée par les progrès de la jurisprudence à les trouver satisfaisants et logiques?

438. M. Toullier invoque cependant l'art. 1209 du

---

(1) Mon com. des *Hyp.*, t. 1, nos 349 et 353 (*bis*). *Suprà*, no 347.

(2) *Suprà*, no 348.

(3) *Suprà*, nos 356 et 368.

C. c. pour mettre les textes de son côté. Mais comment n'a-t-il pas vu que les articles 1214 et 2033 sont bien plus directement applicables que l'art. 1209? Comment a-t-il laissé échapper surtout l'analogie que présente l'art. 875, analogie d'autant plus frappante que cet article a en vue le cas d'une subrogation expresse?

439. Enfin, est-il vrai, comme le pense M. Toullier, que la crainte d'un circuit d'actions soit chimérique et qu'elle ne découle que de vaines subtilités?

Le créancier, dit-il, peut recevoir sa part divisément. C'est son droit. Quand il l'a reçue, et qu'il a donné quittance à la caution qui l'a payée, celle-ci est dégagée; elle devient désormais *penitùs extranea*. Or, si le créancier lui cède ses droits solidaires contre les autres cofidéjusseurs, qu'ont à dire ces derniers? Quelle exception ont-ils à opposer à ce cessionnaire qui a cessé d'être obligé avec eux, qui n'est plus qu'un étranger? Est-ce qu'il ne peut pas exercer l'action de son auteur, comme ce dernier le ferait lui-même, et comme le ferait tout autre cessionnaire, étranger *ab initio* à l'agissement?

Voilà bien, on en conviendra, une de ces subtilités que M. Toullier reproche à ses adversaires!! Mais un peu de réflexion en prévient le danger. Notre ingénieux auteur suppose que le fidéjusseur a fait un paiement divisé, et pas du tout, il a payé le total!! Il suppose qu'il a fait un achat de créance, et pas du tout, il n'a fait qu'effectuer un paiement et se libérer. Je sais bien que lorsque le paiement s'effectue avec subrogation, cette subrogation

donne à l'agissement certains effets du transport. Mais est-elle un vrai transport? N'en est-ce pas plutôt une imitation imparfaite (1)? Et d'ailleurs, en supposant qu'il y ait cession, est-ce que le créancier a pu céder plus de droits qu'il n'en avait lui-même? Est-ce qu'il a pu céder ses droits, en se mettant au-dessus de l'art. 2037 et en oubliant que chacun des cofidéjusseurs a un droit égal à être subrogé?

Ne dénaturons donc pas les situations, n'altérons pas l'état des faits. Si les jurisconsultes romains furent forcés, par les lacunes et les imperfections du droit ancien, à colorer leurs innovations par des analogies dont ils reconnaissent eux-mêmes les côtés faibles (2), notre droit nous dispense de ces efforts d'esprit. La subrogation a, dans la jurisprudence moderne, des caractères certains et consacrés ; c'est marcher en arrière que de la confondre avec le transport; c'est méconnaître le progrès des idées qui ont su l'en distinguer et lui donner son rang légitime. Il ne faut pas surtout renouveler des discussions épuisées par la science d'autrefois; il ne faut pas faire renaître des questions sagement résolues par elle.

440. Lorsque l'un des cofidéjusseurs contre lesquels le fidéjusseur payant a son recours est devenu insolvable, l'art. 1214, avec lequel l'art 2033 doit être combiné, veut que la perte se répartisse par

---

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 523.

(2) *Quodammodò tendidit* (*suprà*, n° 348).

contribution entre les solvables et celui qui a fait le paiement (1).

441. Il reste à faire une observation.

L'art. 2033 a été fait pour le cas où, plusieurs fidéjusseurs ayant cautionné le même débiteur, l'un d'eux acquitte toute la dette. Le recours qu'il accorde est renfermé dans cette hypothèse ; et le texte de l'art. 2033 exige, pour ce recours, que la fidéjussion de plusieurs couvre l'obligation d'un seul.

Mais que devrait-on décider s'il y avait, non pas un seul débiteur, mais plusieurs débiteurs solidaires de la même dette, et que chacun de ces débiteurs fût personnellement et isolément garanti par un fidéjusseur qui ne serait pas le fidéjusseur des autres (2)? Quelle sera la situation de celui de ces divers fidéjusseurs qui aura payé le total pour celui des débiteurs qu'il a cautionné?

Je n'y vois pas de différence avec le cas prévu par l'art. 2033, et je résous cette question par cette observation que Pothier a faite à un autre propos, mais qui a ici une grande justesse :

« On peut même dire que celui qui s'est rendu » caution pour l'un de plusieurs débiteurs soli- » daires est aussi en quelque façon caution des » autres. Car l'obligation de tous ces débiteurs n'é-

---

(1) *Junge* M. Duranton, t. 18, n° 369.
M. Ponsot, n° 290.

(2) V. cette espèce, *suprà*, n°s 270, 306 et 369 ;
Et Pothier, n°s 413 et 420.
Elle est posée par les lois romaines.

» tant qu'une même obligation, en accédant à l'o-
» bligation de celui pour qui il s'est rendu caution,
» il a accédé à celle de tous (1). »

Eh bien! si chaque caution est nécessairement caution de chacun et de tous les débiteurs, tous les fidéjusseurs sont censés avoir cautionné les mêmes débiteurs pour la même dette; et par-là on rentre forcément sous l'empire de l'art. 2033 (2).

442. Maintenant, qu'arrivera-t-il si le créancier, en laissant perdre ses droits par sa faute, se trouve dans l'impuissance de céder au fidéjusseur actionné ses actions contre les autres cofidéjusseurs ou contre l'un d'eux? Ce point se rattache au commentaire de l'art. 2037. Nous le traiterons au n° 553, en exposant et les principes généraux et les phases particulières de cette question spéciale.

---

(1) N° 413.

(2) M. Duranton donne d'autres raisons, n° 369.

CHAPITRE III.

DE L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT.

ARTICLE 2034.

L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.

SOMMAIRE.

443. Division des causes d'extinction du cautionnement. Causes propres à ce contrat ; causes découlant de l'extinction de l'obligation principale.

444. Les premières s'appellent *personnelles*; les secondes sont *réelles*.

445. L'usage de cette distinction n'est pas exempt de difficultés.

Règle qui sert à le diriger.

446. *Du serment*. Le serment prêté par le fidéjusseur profite au débiteur principal.

447. En quel sens faut-il entendre cette règle prise de l'art. 1365 et empruntée au droit romain ?

448. Le refus fait par le fidéjusseur de prêter serment ne peut être opposé au débiteur. Raison de ce point de droit.

449. *De la chose jugée* en faveur de la caution sur le fond du droit.

Le jugement qui décharge la caution, en déclarant qu'il n'est rien dû par le débiteur principal, profite à ce dernier.

450. Opinion contraire de Bartole, du présid. Favre et de M. Merlin.
451. Réponse à leurs objections et particulièrement à la loi 29, D., *De recept.*
452. Suite.
453. Suite.
454. De la chose jugée contre la caution. Elle ne peut être opposée au débiteur principal.
455. Suite.
456. Suite.
457. Suite.
458. Suite. Il ne faut pas conclure de ce qui est dit au n° 454 contre ce qui est dit au n° 449.
459. De l'effet de la condamnation prononcée contre le fidéjusseur quand il y a solidarité.
460. De la *transaction* faite par le fidéjusseur. Profite-t-elle au débiteur principal quand elle porte sur la chose même?
461. De la *remise* faite au fidéjusseur par le créancier.
462. Si le créancier se fait payer quelque chose pour cette remise, ce qu'il a reçu s'impute sur ce que doit le débiteur.
463. De la *prescription*.
Les actes conservatoires faits à l'égard du débiteur principal empêchent la prescription à l'égard de la caution.
464. Les interruptions adressées au fidéjusseur conservent l'obligation à l'égard du débiteur principal.
465. La reconnaissance du fidéjusseur est interruptive à l'égard du débiteur principal.
466. Décision célèbre du jurisconsulte Scævola qui touche à ce point.
467. Objection résolue.
468. Autre objection et réponse.
469. De la *confusion*.
De la *novation*.
Renvoi.
470. De la *compensation*.

471. De la consommation de l'affaire.
Distinction à suivre dans cette matière.
472. Quelquefois, c'est le cautionnement qui finit sans que pour cela l'affaire principale soit terminée.
473. Le fidéjusseur est maître de renoncer aux moyens de libération qui lui sont personnels.
474. Mais non pas aux moyens de libération qui sont communs.
475. De l'extinction du cautionnement par la *faute du créancier*.

COMMENTAIRE.

443. Nous allons traiter de l'extinction du cautionnement.

Le cautionnement peut s'éteindre par des causes qui lui sont propres et qui laissent subsister l'obligation principale.

Il peut s'éteindre aussi par les causes d'extinction qui font cesser l'obligation principale. A ce dernier point se rattache surtout l'article 2036.

Ainsi, par exemple, la remise que le créancier consent à faire au fidéjusseur de son cautionnement est une faveur personnelle, dont le résultat fait disparaître le lien accessoire, mais laisse au créancier la plénitude de son droit pour agir contre le débiteur principal toujours obligé.

Que si le fidéjusseur paie effectivement le créancier, ce paiement n'éteint pas seulement l'obligation accessoire; il éteint encore l'obligation principale, et le débiteur est affranchi désormais à l'égard du créancier. Il n'a plus qu'à subir l'action *mandati contraria* de la part du fidéjusseur, ou l'action née de la subrogation.

444. Cette distinction entre les causes *personnelles* et les causes *réelles* de l'extinction du cautionnement est importante. Nous l'empruntons à Ulpien (1). Elle conduit à des conséquences fort diverses en ce qui concerne le débiteur principal. Être libéré vis-à-vis du créancier ou ne l'être pas, telle est la grave alternative qui en découle.

445. Du reste, cette distinction paraît fort simple au premier coup ; et elle l'est en effet quand on prend pour exemple les deux hypothèses du n° 443. Tel est l'avantage des exemples choisis à propos, qu'ils font tout de suite ressortir la règle à laquelle ils se rattachent.

Ainsi, on aperçoit sans peine que, dans le premier cas, le fidéjusseur n'a stipulé que pour lui-même, et que par conséquent son agissement ne va pas au delà de sa personne.

Au contraire, dans le second cas, il a été le mandataire du débiteur principal, si bien qu'il a contre ce dernier l'action *mandati contraria ! !* Le débiteur principal peut donc se prévaloir d'un fait qui est censé être la suite et l'exécution de son ordre.

Mais si l'on passe à d'autres cas, l'esprit peut éprouver quelques difficultés; il a besoin de se recueillir.

Et, par exemple, si le fidéjusseur prête serment qu'il n'y a pas eu d'obligation principale, le débiteur pourra-t-il se prévaloir de ce serment contre

---

(1) L. 28, § 1, D., *De jurejurando.*
Infrà, n° 467.
Hering., c. 27, part. 4, n°s 1 et suiv.

le créancier et lui opposer l'exception *jurisjurandi?*

Par exemple encore, si le fidéjusseur a fait juger contre le créancier que l'obligation principale est nulle ou qu'elle n'a jamais existé, le débiteur, inquiété ensuite par le créancier, aura-t-il contre celui-ci l'exception *rei judicatæ*? ou bien le créancier ne pourra-t-il pas lui répondre : « Sans doute il a été jugé que le fidéjusseur était libéré ; mais cela n'a été jugé que par rapport à lui, et l'on sait que la libération du fidéjusseur peut avoir lieu sans pour cela que celle du débiteur s'ensuive nécessairement. Il n'y a plus de fidéjusseur, je l'avoue; mais pourquoi n'y aurait-il pas une obligation principale? Si l'accessoire tombe avec le principal, n'est-il pas vrai que le principal ne tombe pas parce que l'accessoire s'est évanoui? »

Ces questions, on le voit, ne sont pas sans difficulté pour celui qui veut les résoudre rationnellement avant de savoir si et comment elles ont été résolues législativement.

Un principe peut cependant donner la clé de leur solution. Le voici : de même que le fidéjusseur est censé mandataire du débiteur principal pour libérer ce dernier par un paiement effectif, de même il est censé le représenter dans tous les agissements qui équivalent à un paiement et ont pour résultat d'eteindre l'obligation principale (1). Le créancier qui actionne quelqu'un comme fidéjus-

---

(1) Arg. de la loi 28, § 1, D., *De jurejur.* (Ulpien).

seur suppose nécessairement qu'il y a, à côté ou derrière ce fidéjusseur, un débiteur principal qui lui a donné mandat de payer. Donc, toutes les fois que le fidéjusseur, dans ses luttes avec le créancier, se défend et triomphe par un moyen qui fait tomber la dette principale, le créancier ne saurait dire que ce fidéjusseur agit dans son intérêt exclusif. Ce créancier sait, ou doit savoir, que le fidéjusseur tient du débiteur principal le mandat de payer. Il sait, ou doit savoir, que le débiteur principal, en lui donnant mandat de payer pour lui, lui a donné virtuellement le mandat d'éteindre l'obligation principale par tous les moyens légaux équivalents à paiement.

Maintenant, appliquons ces idées au cas de serment et de chose jugée.

446. Le serment par lequel le fidéjusseur a juré qu'il ne doit rien est comparé par Ulpien à un paiement : *in locum solutionis succedit* (1), et ce jurisconsulte, d'accord, du reste, en cela avec Caius (2), lui en attribue les effets. Ainsi, le serment par lequel le fidéjusseur nie l'existence de l'obligation principale (*de ipso contractu et de re, non de personâ jurantis*) profite au débiteur principal ; ce dernier est fondé à l'opposer au créancier qui viendrait ensuite le rechercher. Il peut le lui op-

---

(1) L. 28, § 1, D., *De jurejur.* ; il faut voir Bartole sur cette loi, ainsi que le commentaire de Doneau (t. 10, p. 671, n° 6), sur le titre du Dig., *De jurejurando.*

(2) L. 27, D., *De jurejur.*

poser avec autant de force qu'il lui opposerait un paiement effectif, fait par le fidéjusseur. Ulpien s'appuie sur la doctrine de Cassius et Julianus. C'est aussi celle de Pomponius (1).

447. Il en serait sans doute autrement si le fidéjusseur avait seulement juré qu'il n'a pas cautionné. Ce serment prêté sur un fait personnel au fidéjusseur, ce serment tout spécial au lien accessoire du cautionnement, n'aurait rien dont le débiteur principal pourrait exciper (2). Mais, toutes les fois que le fidéjusseur prête serment sur l'existence du contrat principal et qu'il en dénie l'existence, le débiteur principal est fondé à argumenter de ce serment. Le serment profite au débiteur principal tout autant que le paiement lui aurait profité.

Cette décision est passée dans le Code civil. L'article 1365 la consacre formellement ; il veut que le serment prêté par la caution profite au débiteur principal.

Et remarquez ce mot *profite!!* il est important ; il confirme pleinement la doctrine que nous énoncions au numéro 445 sur le mandat du fidéjusseur, qui est un mandat tendant à libérer le débiteur, à faire sa condition meilleure, à faire cesser, par tous les moyens équivalents à paiement, son obligation.

---

(1) L. 42, § 1, D., *De jurejur.*
(2) Ulp. et Pomp. (*loc. cit.*).
Bartole, *loc. cit.*, nº 4.

448. J'ajoute que l'art. 1365 ne reconnaît pas cette réaction du fait du fidéjusseur sur le débiteur, dans le cas où le fidéjusseur a refusé de prêter le serment déféré. Et la raison en est simple. C'est que, dans ce dernier cas, il faudrait aggraver la position du débiteur, par suite du fait du fidéjusseur. Or, le droit et la justice ne le permettent pas. Le fidéjusseur a mandat pour libérer le débiteur et éteindre la dette, mais non pas pour la rendre plus étroite, plus manifeste et plus pressante (1).

449. Voyons pour la chose jugée entre le créancier et le fidéjusseur! Par exemple : Pierre, créancier de 10,000, actionne Secundus, comme fidéjusseur de Primus. Et Secundus fait juger qu'il n'est rien dû, soit parce que l'obligation principale a été solue et acquittée, soit parce qu'elle est entachée de dol et de fraude. Le créancier aura-t-il néanmoins son action contre Primus qui n'a pas été appelé au procès? L'extinction de l'obligation du fidéjusseur laissera-t-elle subsister l'obligation principale?

Nullement (2). Le fidéjusseur a représenté le débiteur principal lorsqu'il a fait juger que l'obligation principale n'existait pas; il était son mandataire pour le libérer par le paiement et par tous les moyens équivalents à paiement. Si le serment prêté par la caution profite au débiteur principal, comme

---

(1) V. *Infrà*, n° 454.
M. Ponsot, n° 512.

(2) *Junge* M. Ponsot, n° 508.

nous venons de le voir aux numéros précédents, n'est-il pas manifeste que le jugement rendu *de ipso contractu et de re* avec la caution profite à ce même débiteur? J'en ai pour garant le texte de Pomponius qui me semble décisif : « *Quia et res judicata secundum alterutrum eorum, utrique proficerat* (1). »

450. Toutefois, je dois l'avouer, cette opinion n'est pas celle de beaucoup de jurisconsultes d'un grand poids. Le président Favre ne l'adopte pas. Voici comment il s'exprime :

« Nec in omnibus bona est comparatio rei judicatæ et jurisjurandi. Nam si sententia absolutoria lata sit pro fidejussore solo, præsumendum erit ità latam eam fuisse, non tàm quasi contractum non sit, quàm quia non fuerit probatum fidejussorem intercessisse, ut tractat Bartolus. — Plùs dicit Bartolus, nec malè, meo judicio, etiamsi sententia absolutoria pro fidejussore lata sit, super re ipsâ, quasi non fuerit contractum, non tamen prodesse reo eam debere (l. 29, D., *De recept.*). — Non enim habet vim solutionis, sicut jusjurandum ; quamvis aliquo casu contingat, ut sententia absolutoria inter alios lata, alii prosit, per consequentiam, cui tamen condemnatoria non noceret. Major ergò etiam hoc casu potestas est jurisjurandi, quàm rei judicatæ. »

Ainsi donc le président Favre enseigne deux choses : la première, que, dans le doute, la chose jugée est censée fondée sur les moyens personnels au fidéjusseur ; la seconde, que, lors même qu'elle

(1) L. 42, § 3, D., *De jurejur.*

décide qu'il n'y a pas d'obligation principale, le débiteur principal ne peut s'en prévaloir.

Et, en effet, Bartole, auquel il emprunte cette opinion, la professe expressément dans son commentaire sur la loi 28, § *Item à fidejussor.*, D., *De jurej.*

Ces autorités ont entraîné M. Merlin. Il soutient avec beaucoup de force et d'érudition, à sa manière (1), que la chose jugée avec le fidéjusseur ne profite pas au débiteur principal. Il cite surtout la loi 29, D., *De receptis.* Il rappelle la note de Godefroy sur ce texte : « *Sententiam pro fidejussore latam ad principalem non porrigi.* »

Et cependant, comment ne pas concevoir des doutes sérieux sur cette opinion en présence de l'art. 1365 du C. c., qui décide que le serment déféré à la caution profite au débiteur principal? Pourquoi y aurait-il une différence entre le serment et la chose jugée? Si le serment de la caution *super re ipsâ* est de nature à libérer le débiteur principal, par quelle raison la chose jugée avec la caution sur la non-existence de la dette serait-elle pour le débiteur principal *res inter alios acta?* Pomponius, dans la loi 42, § 3, D., *De jurejur.*, que je citais tout à l'heure, n'assimile-t-il pas la chose jugée au serment? La chose jugée peut-elle être considérée d'un autre point de vue que le serment dont elle est la conséquence?

M. Merlin répond que l'art. 1365 n'est que la

---

(1) Quest. de droit, v° *Chose jugée*, § 18, n° 5.

reproduction de la loi 28, § 1, D., *De jurejurando*, dont nous avons vu tout à l'heure la disposition.

Et cependant, dit-il, la loi 29, D., *De receptis*, décidait *implicitement* (notez ce mot) que le débiteur principal n'était pas libéré par le jugement rendu *de ipso contractu* et *de re*, qui renvoyait la caution.

451. Examinons donc cette loi : c'est Ulpien qui parle. Il s'occupe de l'effet d'une sentence arbitrale par suite d'un compromis. Pour en bien entendre le sens, il faut se rappeler que la sentence d'un arbitre était loin de produire l'exception *rei judicatæ;* elle ne faisait que donner au gagnant le droit de réclamer contre le perdant les dommages stipulés, à titre de peine, par le compromis (1).

« Si quelqu'un s'avisait de réclamer une chose à » celui que l'arbitre a déclaré ne pas la devoir, ce » serait aller contre sa sentence. Or donc, le créan- » cier pourrait-il agir contre le fidéjusseur de cette » personne? Nullement; et la peine du compromis » serait encourue. Car, virtuellement et par la force » des choses, ce serait intenter une demande con- » tre le principal obligé lui-même, tenu de rem- » bourser au fidéjusseur tout ce que ce dernier a » payé pour raison du cautionnement. »

Voilà pour le compromis fait par le créancier avec le débiteur et suivi d'une sentence arbitrale qui libère ce dernier.

Puis, Ulpien examine le cas d'un compromis passé par le créancier et le fidéjusseur :

(1) Ulp., l. 2, D., *De recept.*
Favre, *Rationaliæ*, sur cette loi.
Voet (*ad Pandect.*) sur ce titre.

« Que si j'ai fait un compromis avec le fidéjus-
» seur, et qu'ensuite je vienne à actionner l'obligé
» principal, je n'encourrai pas la peine du compro-
» mis, à moins que cette action ne puisse réfléchir
» contre le fidéjusseur. »

Et dans quel cas cette action réfléchira-t-elle contre le fidéjusseur avec qui le compromis a été passé? Paul l'explique dans la loi 34, D., *De receptis* (1). C'est le cas assez rare où le fidéjusseur serait en quelque sorte associé avec le débiteur (2), et aurait cautionné dans son propre intérêt.

452. Cette décision d'Ulpien me paraît excellente. Mais quelle influence peut-elle avoir sur notre question? M. Merlin avoue qu'on ne peut s'en prévaloir qu'implicitement! et moi je soutiens qu'on ne saurait s'en prévaloir en aucune façon.

En effet, il a plu au fidéjusseur de faire, de son autorité, une convention particulière avec le créancier, sans que le débiteur principal y ait été partie; il a stipulé que le créancier lui paierait 10,000 à titre de dommages et intérêts si un tel, choisi pour arbitre et venant à déclarer qu'il n'est rien dû, ce créancier réclamait quelque chose de lui. L'arbitre prononce en sa faveur, et il est bien clair que si le créancier l'inquiète, il aura droit au paiement des 10,000. Mais si le créancier recherche le débiteur principal, celui-ci pourra-t-il se prévaloir de ce compromis pour soutenir qu'il lui

---

(1) V. Cujas dans son com. sur le livre 13, *Pauli ad Edictum*, où se trouve cette loi.

(2) *Si socii sunt*, dit Cujas, *loc. cit.*

est dû 10,000 à titre de peine, à titre de violation du compromis? Comment le pourrait-il? Le compromis est une convention particulière faite entre le créancier et le fidéjusseur; le débiteur principal n'a pas à intervenir dans de tels arrangements; le créancier a pu consentir à les faire avec le fidéjusseur et non avec lui. Ce n'est donc pas en sa faveur que la peine des dommages et intérêts a été stipulée. C'est en faveur du fidéjusseur seul, qui a voulu se faire une position à part (1). Du reste, la sentence arbitrale n'a opéré aucune novation; elle n'engendre aucune exception qui empêche la convention originaire de subsister. Toutes choses restent entières à l'égard de cette convention.

453. Maintenant la logique permet-elle d'étendre cette décision au cas de chose jugée? M. Merlin croit l'affirmative avec plusieurs autres jurisconsultes. Mais il me paraît que c'est abuser du droit de raisonner par analogie. Analogie pour analogie, je préfère la décision ponctuelle de l'art. 1365 du C. c. sur le serment. Bien que l'esprit d'analyse aperçoive quelque différence entre la chose jugée et le serment (puisque, par exemple, on peut appeler de la chose jugée et non pas du serment), il n'en est pas moins vrai qu'ici ces différences sont insignifiantes, et que c'est le cas de dire avec Do-

---

(1) « *Si socii non sunt*, dit Cujas (*loc. cit.*), *pœna non com-* » *mittitur* (notez bien qu'il s'agit de peine). *Altero petente qui* » *vetitus non est, pœna non committitur adversus qui compro-* » *misit et vetitus est petere.* »

neau : « *Instar judicii obtinet. Jusjurandum totius judicii vim habet* (1). » Je persiste donc à croire, avec Pomponius, que le serment et la chose jugée marchent d'un pas égal. D'ailleurs, le texte formel de Pomponius n'a-t-il pas une force bien supérieure à l'induction éloignée que M. Merlin tire de la loi 29, D., *De receptis?* Que veut-on de plus topique que ces paroles : « *Res judicata secundum alterutrum eorum, utrique proficeret?* »

454. Mais, dira-t-on, si la chose jugée en faveur de la caution profite au débiteur principal, la chose jugée contre la caution devra profiter, par la raison des contraires, au créancier à l'égard du débiteur principal; et cependant il est reconnu que la chose jugée contre la caution ne donne aucun droit au créancier contre le débiteur principal.

455. J'accorde sans difficulté que la chose jugée contre le fidéjusseur peut être remise en question par le débiteur. Mais par quelle raison? Ce n'est pas seulement parce que, comme le dit Proudhon (2), il n'est pas dans l'ordre naturel que le sort du débiteur principal dépende du sort de l'accessoire; c'est encore, et surtout, parce que si le fidéjusseur a mandat pour libérer le débiteur, il n'est pas son représentant pour aggraver sa position (3). Le fidéjusseur qui plaide doit appeler en

(1) Sur le titre *De jurej.*, t. 10, p. 726, n° 9.

(2) *Usufruit*, n° 1325.

(3) V. Code autrichien, art. 894 : Un débiteur ne peut nuire à ses co-intéressés. »

Code prussien, art. 435, 438. Ce qui a été fait par un des co-obligés profite à tous. Mais ses actes ne pourront leur nuire

cause le débiteur principal son garant (1). Plaider, c'est tout au moins avoir des doutes sur l'existence de la dette, et le fidéjusseur ne doit pas faire résoudre ces doutes sans appeler le débiteur principal (2), qui est le sujet de l'obligation, qui est le premier intéressé au débat, et sur qui en définitive retombe la perte du procès. Le fidéjusseur transgresse donc son mandat s'il plaide à l'insu du débiteur; et, dès lors, il soutient la lutte à ses risques et périls, pouvant être désavoué s'il succombe, ne devant espérer d'approbation qu'en cas de succès. Il n'a mandat que pour réussir, car la réussite vaut une quittance, et le fidéjusseur n'est personne capable que pour éteindre la dette. Mais il n'est pas représentant idoine du débiteur quand il succombe. Il est sans pouvoirs pour empirer la situation du débiteur.

456. Sans doute le créancier a eu le droit de poursuivre le fidéjusseur. Qui pense à le lui contester? Mais, en le faisant condamner, il n'a pas fait condamner nécessairement le débiteur principal absent du procès et non représenté à la condamnation. *Res judicata tertio non nocet.* On sait (et c'est une vérité que le président Favre rappelle dans un passage que je citais tout à l'heure) que bien souvent celui qui profite par voie de conséquence de la chose jugée peut en repousser les effets lorsqu'elle lui porte préjudice. « *Quamvis ali-*

---

(1) *Suprà*, n° 376.
Favre, *Code*, 8, 28, 10.
(2) Art. 2028, *suprà*.

quo casu contingat ut sententia absolutoria inter alios lata, alii prosit per consequentiam, cui tamen condemnatoria non nocet (1).»

457. J'ajoute que le créancier ne sera pas de meilleure condition contre le débiteur principal en exerçant, à l'encontre de ce dernier, les actions du fidéjusseur condamné. En effet, supposons qu'en se mettant au lieu et place du fidéjusseur, il s'arme de l'art. 2032 créé en faveur de ce dernier, et qu'il demande au débiteur principal d'être payé en exécution de la sentence qui a frappé le fidéjusseur. Le débiteur principal lui répondra : « Je ne suis tenu d'indemniser mon fidéjusseur qu'autant que la condamnation prononcée contre lui n'a pas été la suite de sa mauvaise défense. Car s'il s'est laissé condamner par sa faute, je ne lui dois rien (2). Examinons donc, et voyons si ce qui a été jugé a été bien jugé, si quelque exception n'a pas été omise, si quelque moyen n'a pas été oublié (3).»

Donc, de toute manière, le débiteur peut faire rejuger avec le créancier le procès que celui-ci a gagné avec le débiteur (4).

458. Mais il ne suit pas de là que le créancier puisse remettre en question avec le débiteur ce qui a été jugé en faveur de la caution sur l'obligation principale. Car le fidéjusseur avait mandat pour libérer lui et le débiteur principal, et le juge-

---

(1) *Suprà*, n° 450.

(2) Marsili, n° 186 ; *suprà*, n° 338.

(3) Ulp., l. 8, § 6, D., *Mandati*.

(4) *Junge* M. Ponsot, n° 512.

ment tient lieu de paiement. Il n'avait pas de mandat pour empirer la situation du débiteur et pour le faire condamner (1).

459. Si le fidéjusseur avait cautionné solidairement le débiteur, faudrait-il décider que ce qui a été jugé contre le fidéjusseur est censé jugé contre le débiteur ? M. Proudhon décide l'affirmative (2), et, quoique M. Ponsot ne soit pas de son opinion (3), nous pensons qu'il est difficile d'échapper à cette conséquence de la solidarité.

460. On a coutume de comparer la transaction à la chose jugée. Or donc, ce que nous venons de dire d'un jugement, l'étendrons-nous à une transaction dans laquelle le créancier aurait reconnu avec le fidéjusseur que la dette principale a moins d'étendue ? Le débiteur principal ne pourra-t-il pas se prévaloir de cette transaction pour se prétendre libéré de tout ce que cette transaction aurait retranché de la dette principale ? Pourquoi pas ? Ne faut-il pas toujours en revenir à ceci : « *In locum solutionis succedit* (4) ? » Serment, chose jugée, transaction, tout cela se tient et nous ramène aux mêmes idées.

On peut opposer cependant ici la doctrine de plusieurs interprètes de poids, qui prétendent que le pacte fait entre le créancier et le fidéjusseur ne

---

(1) V. *Suprà*, n° 448, ce que nous avons dit du serment.
(2) M. Proudhon, *Usuf.*, t. 3, n° 1325.
(3) N° 512.
(4) *Suprà*, n° 446.

doit pas entraîner les mêmes conséquences que le serment, et que si le serment prêté par le fidéjusseur profite au débiteur principal, il n'en doit pas être de même du contrat fait entre le créancier et le fidéjusseur (1). Mais remarquons que cette opinion tient en grande partie à la subtilité du droit romain et à la règle qu'on ne pouvait pactiser pour autrui. En droit naturel (c'est Cujas qui en fait la remarque avec les théologiens), Dieu ne fait pas de différence entre un serment et une convention non jurée (2). Le serment est comparé à une transaction (3). Pourquoi la transaction n'aurait-elle pas les effets du serment?

461. Maintenant parlons de la remise faite au fidéjusseur par le créancier. On se rappelle ce que nous en avons dit *suprà* (4). Je me borne à répéter ici que la remise a, en ce qui concerne le débiteur principal, des effets divers suivant l'intention du créancier. Il ne faut pas oublier cette règle : *Pactum personale ad alium non extenditur quàm ad personam cui factum est.*

462. On se souviendra aussi, au sujet de la remise du cautionnement, qu'elle doit être gratuite ; tellement que si le créancier se fait payer quelque chose pour l'accorder, tout ce qu'il reçoit s'impute

---

(1) Doneau, sur le t. *De jurej.*, t. 10, p. 675, n° 6.

(2) 22, *Observat.* 7.

(3) Doneau, t. 10, p. 725, n° 9 : *Transactionis species habet jusjurandum.*

(4) N° 336.

sur la dette et tourne au profit du débiteur (1). Autrefois on n'était pas d'accord sur ce point. Le Code a fait cesser la controverse en se prononçant pour l'opinion la plus favorable au débiteur et à l'extinction des obligations.

463. La prescription ne doit pas être oubliée. On la compare ordinairement à une renonciation, à une remise faite par le créancier ; et cette comparaison est souvent exacte. Néanmoins, il y a cette différence entre la remise et la prescription, que la remise peut être faite par le créancier avec pacte qu'elle ne profitera qu'au fidéjusseur et que le débiteur principal continuera à être obligé; tandis que la présomption de renonciation renfermée dans la prescription ne peut pas faire au fidéjusseur un sort meilleur que le sort du débiteur principal et éteindre l'obligation du fidéjusseur en laissant subsister celle du débiteur principal. Ceci découle du principe de l'art. 2250 du C. c., qui veut que tous les actes d'interruption qui empêchent la prescription de l'obligation principale conservent l'obligation accessoire du fidéjusseur. De telle sorte qu'un créancier qui entretient sa créance à l'égard du débiteur principal maintient (2) implicitement et nécessairement son droit contre le fidéjusseur (3). Comment pourrait-on, en effet, tourner contre le créancier vigilant à l'égard du débiteur principal son inaction à l'égard de la

(1) Art. 1288.
(2) *Suprà*, n° 340, note (4).
(3) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 633.

caution? En donnant à son droit la vie et l'action nécessaires pour maintenir le débiteur principal dans les liens de l'obligation, n'a-t-il pas suffisamment annoncé par-là qu'il entendait conserver ce droit avec toutes les garanties accessoires qui en sont une dépendance? Ne sait-on pas d'ailleurs que l'obligation du fidéjusseur n'est autre chose que l'obligation même du débiteur principal étendue jusqu'au fidéjusseur (1), et que la règle juridique est en cette matière : *Sunt duo*, UNA OBLIGATIONE CONSTRICTI (2)? Si donc l'obligation du débiteur principal est sauvegardée, celle du fidéjusseur l'est nécessairement. Que le créancier se soit fait payer exactement par le débiteur les intérêts qui lui sont dus, ou ses autres annuités, est-ce que le fidéjusseur pourrait argumenter de ce qu'il n'a pas été inquiété personnellement pendant trente ans et se faire déclarer, par cela seul, libéré? N'est-il pas vrai qu'il n'a pas été inquiété précisément parce que le créancier était annuellement satisfait? Aussi Hering enseigne-t-il avec nous : « *Anniversaria usurarum solutio præscriptionem impedit, et creditoris jus suum conservat* (3). » Pour un seul contrat, pour une seule affaire, il suffit d'une seule interruption : « *Una*, dit encore à merveille le même jurisconsulte, en employant les paroles et l'idée de la loi 5 au C., *De duobus reis : una in uno eodemque contractu interruptio, vel agnitio sufficit* (4). »

---

(1) *Suprà*, nos 7, 27, 45, 96, 110.
(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, no 628.
(3) C., 20, § 18, no 14.
(4) No 16.

464. Par réciprocité, les interruptions adressées au fidéjusseur conservent l'obligation à l'égard du débiteur principal et réfléchissent contre lui (1). L'identité d'obligation conduit à ce résultat.

M. Duranton croit cependant qu'il *va sans dire* que les actes faits contre la caution pour interrompre la prescription, n'interrompent pas la prescription à l'égard du débiteur (2). Mais c'est le contraire qui va sans dire, et, depuis Accurse jusqu'à M. Merlin, la science a cent fois proclamé que la prescription interrompue contre le fidéjusseur est censée interrompue contre le débiteur principal (3). Quoi ! un créancier aura reçu pendant trente ans du fidéjusseur les intérêts de la somme qu'il a prêtée au débiteur principal, et ce dernier viendra soutenir, au bout de ce temps, que parce que le créancier ne s'est pas adressé à lui, il a acquis la prescription ! Mais est-ce que le fidéjusseur n'est pas le mandataire du débiteur pour payer ?

Mandataire pour payer, enchaîné par une obligation qui est l'obligation même du débiteur principal, il est par conséquent personne capable pour recevoir, tant en son nom qu'au nom du dé-

---

(1) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 635.
Junge Catellan, l. 7, ch. 18.
Répert., v° *Interrupt.*, p. 494.

(2) T. 21, n° 283.

(3) « Rationem adfert Accursius, quæ vera est, quòd præscriptio contra fidejussorem interrupta, etiam contra debitorem interrupta videri debet. » (Favre, *Ration.*, sur la loi 29, § 6, D., *Mandati.*)

biteur, les demandes nécessaires pour payer. *Reus* (dit Favre) *per mediam personam fidejussoris convenitur* (1). Ces demandes réfléchissent si bien sur le débiteur principal que ce dernier est obligé d'en acquitter le fidéjusseur par l'action *mandati contraria* (2). L'art. 2028 veut même que le débiteur paie les frais des poursuites!! Et l'on voudrait que ce fût pour lui *res inter alios acta?*

Ne craignons pas dès lors qu'on nous objecte que le débiteur ignorera ces interpellations (3). D'une part, les principes du mandat imposent au fidéjusseur l'obligation de donner avis au débiteur (4). De l'autre, le fidéjusseur a intérêt à donner cet avis pour que le débiteur le sauvegarde.

Qu'arriverait-il si le sentiment que je combats était suivi ? C'est que la caution qui pendant trente ans aurait payé les intérêts de la somme prêtée, à la place du débiteur auquel rien n'aurait été demandé, pourrait aussi se prétendre libérée par la prescription; car elle est autorisée à se prévaloir de toutes les exceptions acquises à son débiteur; et comme le débiteur serait libéré par la prescription, on verrait un créancier qui se serait fait exactement payer, atteint par la peine de ceux qui n'agissent pas! Et cependant Justinien a dit: « *Contrà desides homines, et sui juris contemptores, odiosæ* » *exceptiones oppositæ sunt* (5). »

---

(1) Sur la loi 11, § 12, D., *De act. empt.*

(2) Pothier, n° 381 (*Oblig.*).

(3) Object. de M. Ponsot, n° 526.

(4) Voy. mon commentaire du *Mandat*, n° 396.

(5) Just., l. 2, C., *De annali except.*

465. La reconnaissance du fidéjusseur (quoi qu'en dise M. Ponsot, qui suit M. Duranton) (1) n'est pas moins interruptive que le paiement effectué par lui et les poursuites dirigées contre lui : je parle d'une reconnaissance faite avant l'obtention de la prescription, et non pas après (2). En effet, la reconnaissance est une promesse implicite de paiement, et le fidéjusseur qui peut et doit payer quand il est interpellé, et qui en payant fait un acte qui réfléchit contre le débiteur, peut à plus forte raison reconnaître ce qu'il doit et s'obliger à payer plus tard. Par-là il agit avec bonne foi : *fidem implet fidejussor* (3). Loin de s'écarter des fins du cautionnement, il y reste fidèle, et rend service au débiteur principal, dont peut-être il arrête par-là l'expropriation, l'incarcération et la ruine; loin que le débiteur puisse lui reprocher d'avoir agi imprudemment, il faut au contraire qu'il rende hommage à sa loyauté; loin qu'il puisse lui reprocher d'avoir compromis par-là ses intérêts, il doit au contraire avouer qu'il les a servis. A Rome, le débiteur qui niait la fidéjussion perdait le bénéfice de division (4)!

Après tout, de quoi s'agit-il? d'une dette commune, d'une obligation provenant de la même source, et pesant pour le tout sur l'un et l'autre

---

(1) N° 526.

(2) Mon com. de la *Prescription*, t. 2, n° 636.

(3) Arg. de la loi 29, § 6, D., *Mandati* (Ulp.). Papin., l. 8, D., *De alim. legat.*

(4) L. 10, § 1, D., *De fidej.*

débiteur. Or, Justinien n'a-t-il pas décidé (1) que lorsqu'un créancier a plusieurs débiteurs, la reconnaissance de l'un interrompt à l'égard de l'autre?

A la vérité, cette confession et cette promesse sont subordonnées à la condition que le débiteur principal n'est pas encore libéré par un paiement ou une prescription. Mais s'il est constant qu'au moment où la confession a été faite, le débiteur ne s'était pas encore acquitté, et que la prescription n'était pas encore acquise, la confession est bonne; elle trouve son approbation dans les textes qui louent le fidéjusseur *qui ipse pepercit pudori suo* (2); elle est interruptive (3). Et si, ensuite de cette reconnaissance, le fidéjusseur paie ce qu'il a promis de payer, il a l'action *mandati* contre le débiteur pour se faire indemniser. Que pourra lui objecter le débiteur frappé de ce recours? qu'il ne devait pas reconnaître la dette? qu'il ne devait pas payer? qu'il devait être de mauvaise foi?

466. Ceci me rappelle une célèbre décision de Q. M. Scævola. Une personne avait cautionné un prêt à intérêt. Poursuivie par le créancier, elle reçut du débiteur l'injonction de ne pas payer d'intérêts, et de soutenir que le prêt avait été gratuit. Mais elle, sachant que c'était là un mauvais détour, et voulant se conduire avec loyauté, paya le créancier. Puis, elle intenta contre le débiteur l'action

---

(1) L. 5, C., *De duob. reis.*

(2) L. 48, D., *Mandati.*

(3) Mon com. de la *Prescript.*, t. 2, n° 617.

mandati. La légitimité de ce recours, contestée par le débiteur, fut soumise au jugement de Scævola. Ce jurisconsulte répondit : Si c'eût été le débiteur qui eût été poursuivi, et que le fidéjusseur, intervenant spontanément et sans y être obligé, eût payé et enlevé à ce même débiteur un moyen de défense, l'action *mandati* pourrait être refusée. Mais il n'en est pas ainsi. Le fidéjusseur était en présence du créancier; il était sommé de tenir ses obligations. Il s'est conduit en homme qui respecte sa parole en payant une dette qu'il avait prise pour sienne. Il aura son recours (1).

On voit que Scævola ne tient aucun compte des défenses faites au fidéjusseur par le débiteur. Combien à plus forte raison faut-il mépriser les reproches que le débiteur ferait au fidéjusseur d'avoir reconnu l'obligation commune! *Nemo prohibetur bonam fidem agnoscere* (2).

Or, si le fidéjusseur n'a pas transgressé par-là les fins de son mandat, le débiteur est donc tenu de son fait; il ne saurait le répudier en disant qu'il lui est étranger.

467. On objecte que nous faisons produire à la reconnaissance du fidéjusseur des effets exagérés; car cette reconnaissance ne saurait prouver qu'une chose, c'est que la caution n'a pas payé; mais elle ne prouve pas que le débiteur n'a pas payé. Est-ce que le débiteur, ajoute-t-on, ne peut pas payer

---

(1) L. 48, D., *Mandati* (Celsus).

(2) L. 9, § *Sicut*, D., *De administ. tutor*.

sans que la caution en soit nécessairement avertie (1)?

En bonne règle, non! Entre le fidéjusseur, mandataire du débiteur, et le débiteur son mandant, il ne doit y avoir rien de caché sur ce qui concerne leur intérêt commun. Si le débiteur paie, la prudence veut qu'il en informe le fidéjusseur (2); de même que si le fidéjusseur acquitte le créancier qui le poursuit, ou s'il se dispose spontanément à le désintéresser, les principes du mandat lui font un devoir de donner avis au débiteur (3).

Eh bien! c'est sur ces principes qu'a été réglé le droit du créancier. Ce n'est pas sa faute si ces principes ne sont pas observés par ceux dont l'intérêt est de s'y conformer.

468. Tout ceci n'est pas en contradiction avec ce que nous avons enseigné ci-dessus (4), savoir, que la chose jugée contre le fidéjusseur n'est pas nécessairement opposable au débiteur principal. De ce que le fidéjusseur est reconnu capable pour payer et recevoir des interpellations à fin de payer ce qui est payable, il ne s'ensuit pas que lorsque ces demandes et interpellations sont susceptibles de controverse, le fidéjusseur doive prendre sur lui la responsabilité de la décision à intervenir.

469. La confusion et la novation, autres moyens d'éteindre le cautionnement, sont la matière des

---

(1) M. Ponsot, n° 526.
(2) *Suprà*, n°s 372, 373.
(3) *Suprà*, n°s 371, 374.
(4) N° 455.

articles 2035, 2038 et 2039. Nous y renvoyons.

470. La compensation (1) a été touchée par le législateur dans l'art. 1294, d'après lequel la caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, sans que le débiteur principal puisse opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution.

Ces règles sont claires.

D'une part, celui qui compense paie, sinon naturellement, du moins civilement. Si donc le débiteur d'une somme de 1000, cautionnée par Titius, est lui-même créancier de 1000 que lui doit son créancier, le fidéjusseur sera libéré ; il opposera la compensation avec succès quand même le débiteur garderait le silence (2). Mais, d'autre part, il n'est pas moins évident que si c'est le fidéjusseur qui est en même temps créancier du créancier, la compensation qui s'opère à son profit ne peut porter aucun secours au débiteur principal ; car cette compensation s'opère dans l'intérêt unique du fidéjusseur ; elle est une affaire à lui personnelle ; elle ne saurait réfléchir sur le débiteur principal, qui n'en reste pas moins tenu des causes entières de son obligation propre. Le fidéjusseur peut être valablement libéré, sans que pour cela le débiteur soit délivré de ce qu'il doit (3).

471. Le fidéjusseur est libéré par la consommation de l'affaire pour laquelle il avait prêté son

(1) V. là-dessus Hering., c. 20, § 6, nos 1 et suiv.

(2) Hering. (*loc. cit.*).

(3) *Infrà*, nos 472 et 477.

cautionnement (1). Si c'est l'affaire principale qui est consommée, le débiteur et le fidéjusseur sortent en même temps de l'obligation.

472. Si, au contraire, c'est le seul cautionnement qui prend fin, la libération du fidéjusseur ne délivre pas le débiteur principal. Il y a beaucoup d'exemples de cautionnements qui ont une fin à eux propre, sans que l'obligation principale en soit atteinte.

Ainsi celui qui a cautionné un individu en première instance, n'étant pas censé l'avoir cautionné en cause d'appel, est libéré par la sentence du premier juge qui l'a fait triompher (2).

Celui qui a cautionné un locataire pour un bail de six ans, n'étant pas censé cautionner le bail qui suit immédiatement, est libéré à l'expiration du premier bail (3).

Un fidéjusseur cautionne le débiteur pour dix ans. u bout de ces dix ans il est libéré. C'est ce qu'Ulpien appelle *fidejussor, solus, tempore liberatus* (4), car le débiteur continue après ces dix ans à être obligé.

473. Du reste, le fidéjusseur est maître de renoncer aux moyens de libération qui lui sont personnels; et si, par un sacrifice officieux, il consent à payer ce que le débiteur doit encore, il n'en a pas moins contre le débiteur l'action *mandati con-*

---

(1) Marsili, nos 97, 99, 108, 109.
(2) *Id.*, no 108.
(3) *Id.*, no 97.
(4) L. 29, § 6, D., *Mandati.*

traria pour obtenir son indemnité (1). Il lui a été permis de ne pas se prévaloir d'une exception introduite en sa faveur. Loin de nuire au débiteur, il vient à son secours ; « *et fidem implet*, » comme dit à merveille le jurisconsulte Ulpien.

474. Ce n'est que lorsque l'exception est commune au débiteur et à lui qu'il ne lui est pas permis d'y renoncer au préjudice de ce dernier (2).

475. Enfin, pour terminer, nous rappellerons que, dans le nombre des modes d'extinction du cautionnement, il en est un dernier qui est propre au fidéjusseur et qui provient de la faute du créancier. Ce point est très remarquable et très important. Nous nous en occuperons dans le commentaire de l'art. 2037.

Article 2035.

La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution (3).

SOMMAIRE.

476 De l'extinction du cautionnement par confusion.

477. De la confusion qui ne fait qu'éteindre le cautionnement et de celle qui éteint à la fois le cautionnement et l'obligation principale.

---

(1) Ulp., l. précitée.

(2) *Suprà*, n° 339.

(3) Hering., c. 20, § 16.

478. Il y a différentes espèces de confusion. Toutes n'ont pas un égal degré d'énergie.

479. La plus radicale est celle qui s'opère par la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur. Le créancier, en devenant son propre débiteur, est censé s'être payé lui-même, et le cautionnement disparaît.

480. Suite.

481. Mais la confusion n'enlève pas au fidéjusseur les droits qui lui étaient acquis auparavant. Elle n'a pas d'effet rétroactif à son préjudice.

482. La confusion venant à cesser et l'obligation principale renaissant, l'obligation du fidéjusseur renaîtra-t-elle?

483. De la confusion qui n'affecte que le cautionnement.

1er *cas*. Le débiteur devient héritier de la caution, ou *vice versâ*.

484. Cette sorte de confusion ne doit pas nuire au créancier.

485. Suite. Exemple.

486. Objection tirée d'un texte de Papinien.

487. Conclusion.

488. L'effet de cette règle est que lorsqu'arrive cette sorte de confusion, le certificateur de caution reste obligé, et que les hypothèques données par la caution ne sont pas éteintes.

489. Suite.

490. Réciproquement, la confusion dont il s'agit ne doit pas nuire au débiteur. Exemple. Renvoi.

491. Dernier cas de confusion, qui se vérifie quand le créancier succède à la caution, et *vice versâ*.

492. Suite.

493. Le bénéfice d'inventaire empêche la confusion.

COMMENTAIRE.

476. Nous avons vu, au n° 220 ci-dessus, que le cautionnement s'éteint lorsque le principal débiteur hérite purement et simplement de la caution;

car le débiteur ne peut être sa caution à lui-même, et lorsque le fidéjusseur passe à l'état de débiteur principal le cautionnement n'a plus d'objet. Il s'éteint encore quand la caution hérite purement et simplement du débiteur (1) ; comment, en effet, serait-il possible que le créancier se dût à lui-même un cautionnement?

Nous avons également vu, au n° 222, que si le créancier hérite purement et simplement de la caution, le cautionnement s'éteint par confusion (2). Il n'y a plus ni créancier, ni débiteur, ni par conséquent caution du débiteur.

Le cautionnement s'éteint, enfin, lorsque le créancier devient héritier du débiteur principal, ou lorsque le débiteur principal hérite du créancier (3). L'anéantissement de l'obligation principale entraîne l'anéantissement de l'accessoire (4).

477. Ici se retrouve la distinction, perpétuelle en cette matière, des causes d'extinction du cautionnement qui sont propres au cautionnement et ne touchent pas à l'obligation principale, et de celles qui éteignent tout à la fois l'obligation principale

---

(1) Papin., l. 3, D., *De separat.*
Scævola, l. 93, § 2, D., *De solut.*, et § 3.
Ulp., l. 5, D., *De fidej.*
Pothier, n° 384.

(2) Ulp., l. 8, § 3, D., *Qui satisd. cog.*
Afric., l. 21, § 5, D., *De fidejussorib.*

(3) L. 38, § 1, D., *De fidej.* (Marcellus).
Julianus, l. 34, § 8, D., *De solutionibus.*
Paul, l. 71, D., *De fidejussoribus.*

(4) Pothier, n° 608.

et le cautionnement (1). Quand le créancier et le débiteur se confondent dans une même personne, tout s'éteint, obligation principale et obligation accessoire du fidéjusseur. Mais lorsque la confusion n'a lieu que du débiteur à la caution, ou du créancier à la caution, alors le cautionnement seul disparaît et l'obligation principale subsiste (2).

478. Autre remarque importante. Bien que la confusion soit placée par l'art. 1234 dans les causes d'extinction des obligations (3), il n'est pas vrai, cependant, qu'elle les éteigne toujours d'une manière complète, comme feraient le paiement et la prescription. Il faut distinguer à cet égard les trois espèces de confusion exposées au n° 476; car ces trois espèces de confusion n'opèrent pas avec une égale énergie d'extinction sur l'obligation confuse.

479. Prenons d'abord la plus radicale des trois, celle qui s'opère par la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur. La confusion a ici des effets absolus. Elle anéantit tout, principal et accessoire.

La raison en est simple : les qualités de débiteur et de créancier sont incompatibles sur la même tête; elles se détruisent donc réciproque-

---

(1) *Suprà*, nos 443 et 444.

(2) Paul, l. 71, D., *De fidej.* (lib. 4 *Quæst.*).
African., l. 21, § 5, D., *De fidej.* (lib. 7 *Quæst.*).
Jünge art. 1301 C. c.

(3) *Suprà*, n° 220.
Papin., l. 3, D., *De separationib.*

ment, de telle sorte qu'il n'en reste rien. Dans ce cas, la confusion est semblable au paiement; *confusio est pro solutione*, dit Cujas (1). Par suite, l'obligation du fidéjusseur disparaît par une nécessité évidente : *ratio evidens et naturalis*, dit le même jurisconsulte. Comme le créancier, en devenant son propre débiteur, est censé s'être payé lui-même, il n'y a plus dès lors de place pour un cautionnement (2).

480. La confusion n'éteint pas seulement les obligations civiles du débiteur; elle éteint aussi ses obligations naturelles (3), et, par une conséquence rigoureuse, elle exonère celui qui n'avait cautionné que son obligation naturelle.

481. Toutefois cette extinction n'est pas tellement absolue qu'elle enlève à la caution les droits qu'elle pouvait avoir acquis avant la réunion des deux qualités de débiteur et de créancier sur la même tête. La confusion n'a pas d'effet rétroactif contre les tiers.

Par exemple :

Tertius, caution de Secundus pour une somme de 10,000, a payé à Primus, créancier, un à-compte de 5,000. Bien que plusieurs années plus tard Primus soit décédé en laissant Secundus pour son unique héritier, bien que par-là la dette

---

(1) Ad leg. 59, *Ad senatusc. Trebell.* (sur le liv. 4 des *Quæst. Pauli*).

(2) *Id.*

(3) Afric., l. 21, § 3, D., *De fidej.*

principale se soit éteinte et que le cautionnement soit à l'avenir sans objet, il n'en est pas moins vrai que Tertius conservera son action *mandati contraria*, née avant la confusion, et qu'il se fera rembourser des 10,000 dont il s'est appauvri.

482. Si la confusion vient à cesser, l'obligation principale renaissant fera-t-elle renaître par contre-coup l'obligation accessoire du fidéjusseur? Cette question se résout par les principes que nous avons exposés dans notre commentaire des *Hypothèques* (1).

La cessation de la confusion procède-t-elle d'un fait volontaire, émané de la personne qui réunissait les deux qualités de débiteur principal et de créancier? le cautionnement ne renaît pas : *Obligatio semel exstincta non reviviscit.*

Procède-t-elle d'un fait nécessaire, *ex causâ antiquâ et necessariâ?* le cautionnement renaît : *Non à morte, sed à somno resurgit.*

Supposons que le débiteur ait hérité du créancier, ou que le créancier ait hérité du débiteur, et qu'ensuite il ait vendu l'hérédité à un tiers, cette vente fait cesser la confusion, comme nous l'avons vu dans notre commentaire de la *Vente* (2). Mais parce que c'est un fait volontaire qui ne saurait nuire aux tiers, au fidéjusseur, cette cessation de la confusion ne fera pas revivre l'obligation de ce dernier.

---

(1) T. 4, nos 848, 849 et suiv.

(2) T. 2, n° 977, art. 1698.
Ulp., l. 2, § 18, D., *De hæred. vend.*

Que si la confusion cesse parce que le testament d'où elle procédait est annulé, la fidéjussion renaît, ou, pour mieux dire, elle cesse de sommeiller. L'extinction n'était pas irrévocable.

483. Voilà tout ce que nous voulons dire ici de la confusion qui provient de la réunion des deux qualités de créancier et de débiteur sur la même tête.

Passons à la confusion qui laisse subsister l'obligation principale et n'affecte que le cautionnement seul.

Un premier cas d'extinction a déjà été signalé par nous : c'est celui où le débiteur devient héritier de la caution, ou *vice versâ* (1). Ici une remarque importante doit nous préoccuper.

Puisque l'obligation principale n'est pas éteinte par cette espèce de confusion (l'art. 1304 le dit expressément), il s'ensuit que le droit du créancier demeure dans toute son intégrité sans qu'on puisse rétorquer contre lui l'extinction du cautionnement. Le cautionnement sera éteint sans doute en ce sens, que s'il n'ajoute rien à l'obligation principale, celle-ci restera dominante et rendra la fidéjussion sans objet. Mais s'il y a dans la fidéjussion quelque sûreté spéciale dont le créancier a intérêt à se prévaloir, la confusion ne lui sera pas opposée.

Expliquons ceci avec plus de détails :

---

(1) Doneau, XVI, *com.* IV, nos 9 et 10.
Suprà, no 220.
Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 374, no 121.

En fait, le créancier a rarement intérêt à contester l'extinction du cautionnement par la confusion dont il s'agit ici. Car il trouve réunies sur la même tête des garanties et des facultés qui auparavant étaient réparties entre deux. Il gagne même fréquemment à cette réunion, sans que le débiteur y perde. Est-ce en effet le débiteur qui a hérité du fidéjusseur? Eh bien! le créancier va trouver le patrimoine du débiteur augmenté de l'actif qui était la garantie de la créance, et ce sera le cas de dire avec Papinien : « *Rei plenior invenitur obligatio* (1). » Est-ce le fidéjusseur qui a hérité du débiteur principal? Ce fidéjusseur, simple caution, pouvait arrêter les poursuites par les exceptions de discussion et l'exception *cedendarum actionum*. Mais désormais le créancier n'a plus rien à craindre de ce côté : le fidéjusseur est devenu débiteur, et sa qualité de débiteur paralyse ses exceptions comme fidéjusseur.

Il est vrai que le mélange du patrimoine de la caution avec le patrimoine du débiteur peut avoir pour conséquence naturelle de grever de dettes considérables l'actif qui était libre entre les mains de la caution; et ce serait là pour le créancier un danger grave. Mais la loi a pourvu à sa sûreté en lui permettant de demander la séparation des patrimoines (2).

Ainsi donc, la confusion n'a, dans la plupart des

---

(1) L. 95, § 3, D., *De fidej.*
(2) *Suprà*, n° 220.

cas, que des avantages pour le créancier. En fait, elle ne lui nuit pas.

484. En droit, elle ne doit pas lui nuire.

C'est pourquoi, si par une circonstance particulière le créancier venait à avoir intérêt à séparer les deux qualités de débiteur et de fidéjusseur confuses dans la même personne, il pourrait faire cesser ce mélange qui lui nuit, et distinguer ce qui doit rester distinct toutes les fois qu'il y a utilité pour la conservation de sa position.

Et par-là on voit que la confusion de l'accessoire n'opère pas avec l'énergie que nous signalions au n° 479. Elle absorbe plus qu'elle ne détruit; elle mélange plus qu'elle ne supprime; et la confusion disparaît lorsque le droit des tiers et l'équité exigent que l'on rende aux personnes leurs rôles distincts.

485. Un exemple va rendre cette règle palpable.

J'ai prêté, dit Africain (1), une somme d'argent à votre esclave. Un homme libre l'a cautionné, et, depuis que vous l'avez affranchi, il est devenu l'héritier de son fidéjusseur, ou son fidéjusseur est devenu son héritier. Pourra-t-on me dire, à moi, créancier : « La confusion a éteint le cautionne-» ment; il ne reste plus qu'une obligation natu-» relle sans valeur désormais, et vous n'avez rien » à prétendre? » Nullement! *Durat causa fidejussionis* (2). Il faut que je retrouve cette garantie de la

(1) L. 21, § 2, D., *De fidej.* (Cujas, tract. VII, *ad African.*).
(2) V. Pothier, Pand., *loc. cit.*

fidéjussion que la confusion des deux personnes couvre d'un voile, mais que mon intérêt aperçoit distinctement, malgré le mélange des deux qualités ; sans quoi cette confusion me porterait préjudice, et je souffrirais d'un fait qui n'est pas le mien. Or (c'est la judicieuse remarque de Cujas), le créancier qui a veillé à ses intérêts, en prenant une caution, ne doit pas être victime de cette conception du droit qui absorbe la fidéjussion dans l'obligation principale : « *Nonne iniquum est, rationem juris, quæ causam fidejussoris, propter principalem obligationem quæ major fuit, exclusit, damno afficere creditorem qui sibi diligenter prospexerat* (1) ? » On ne saurait mieux dire.

486. Il semble cependant que Papinien est contraire à cette jurisprudence dans la loi 95, § 3, au D., *De solut.* Mais cette loi difficile (2), et évidemment altérée dans son texte par l'incurie des copistes, ne peut servir de point d'appui à une théorie autre que celle d'Africain. Cujas, en s'aidant des livres grecs et de son ingénieuse érudition, a corrigé ce texte corrompu (3) avec un bonheur dont l'a loué le président Favre : « *Quare valdè laudo quod ex Græcis Jacobus Cujacius docuit* (4). » Au moyen de cette restitution, l'antinomie disparaît, et l'on

---

(1) Sur la loi 95, § 3, D., *De solut.*, dans son com. du liv. 28 *Quæst. Papin.*

(2) *Iste* § *est difficilis multùm,* dit Bartole.

(3) Cujas, XI, *Observat.* 34, et aussi dans son com. du liv. 28 des *Quæst. Papin.*

(4) *Conject.*, lib. 8, c. 4, n° 3.

reste dans les vrais principes exposés par Africain. Comment serait-il possible, en effet, que le créancier vît son droit amoindri par un évènement qui cumule sur la tête du débiteur une double obligation?

487. Au surplus, la question ne saurait être douteuse sous le C. c. (1), et nous n'avons pas à nous perdre dans des embarras de textes qui jadis ont fait éclore tant de controverses et entretenu de si vives disputes. La solution d'Africain est celle du bon sens, et c'est assez dire que le C. c. n'en veut pas d'autre. Elle peut se résumer dans ces paroles de Bartole, interprète d'une haute raison et qui avait aperçu avec sagacité le vœu de la justice et de l'équité : « Tu debes scire quòd tunc demùm » successione exstinguitur obligatio fidejussoris, » quandò per hoc, conditio creditoris deterior non » fit (2). »

488. Cette règle, que la confusion ne doit pas empêcher le créancier de distinguer les qualités confuses quand il y a intérêt, reçoit une autre application remarquable dans le cas où le cautionnement, que l'on représente comme éteint, est lui-même garanti par un cautionnement ou par une hypothèque. Notre article déclare que la confusion ne fait pas disparaître l'obligation du certificateur de la caution.

---

(1) MM. Duranton, t. 18, n° 375.
Zachariæ, t. 3, p. 166, note (7).
Ponsot, n° 523.

(2) Sur la loi 95, § *Quod vulgò*, n° 3. D., *De solut.*

Les interprètes du droit romain n'admettaient pas ce dernier point (1), et ils se fondaient, pour le décider ainsi, sur la loi 38, § fin., D., *De solutionibus*, empruntée aux écrits d'Africain. D'après cette loi, en effet, il est dit que puisque la confusion fait disparaître la personne du fidéjusseur, il n'y a plus de soutien pour l'obligation du certificateur (2).

Mais cette conclusion n'est-elle pas outrée toutes les fois qu'il en résulte pour le créancier un véritable dommage ? Comment la concilier avec les doctrines que nous exposions aux numéros précédents et dont les interprètes eux-mêmes étaient les savants défenseurs ? Comment n'avaient-ils pas vu que le créancier ne doit pas perdre, par un évènement qui n'est pas de son fait, une sûreté qu'il a pris soin de stipuler ?

Aussi notre ancien droit français avait-il repoussé la doctrine de la loi 38, § final. On y tenait (et l'art. 2035 consacre ce point de jurisprudence) que le certificateur de caution n'est pas déchargé parce que la confusion s'est opérée dans la personne du fidéjusseur et du débiteur principal. La raison en est, 1° que la confusion ne saurait avoir des effets préjudiciables pour le créancier, toujours maître de tirer du mélange des deux qualités celle qui lui est la plus avantageuse ; 2° qu'en répondant pour la caution, le certificateur a aussi répondu pour le débiteur principal.

489. De même, quand le fidéjusseur a hypothé-

---

(1) Hering., c. 20, § 16, nos 46 et 47, d'après Bartole.

(2) Voyez Cujas, *tract.* 7, *ad Afric.*, sur cette loi.

qué un immeuble à la sûreté de son cautionnement, la confusion dans les personnes du débiteur et de la caution ne prive pas le créancier du bénéfice de cette hypothèque. Il est singulier qu'Africain, qui veut que le certificateur soit libéré par cet évènement, enseigne au contraire d'une manière positive que l'hypothèque n'en est pas affectée (1). Les interprètes ont cherché la raison de cette différence ; avec de la bonne volonté on trouve toujours des arguments. Ils ont dit (2) : La condition de l'hypothèque est de durer jusqu'à ce que la dette principale soit éteinte. Il faut donc attendre cette solution finale pour dégager la chose hypothéquée. Au contraire, le certificateur de caution ne répond que pour la caution. Or, si la caution disparaît, pourquoi faire durer plus longtemps l'obligation du fidéjusseur? Mais cette argumentation montre plus d'art dans le raisonnement que de raison. Nous y avons répondu au n° 488.

490. Si la confusion de l'accessoire ne doit pas nuire au créancier et lui enlever ses garanties, elle ne doit pas non plus être tournée contre le débiteur pour aggraver sa position. C'est ce qui arriverait cependant si le créancier, sous prétexte que la confusion a éteint le cautionnement, prétendait exiger une autre caution. Nous avons vu ailleurs (3) que ce serait un abus de l'art. 2020.

---

(1) L. 38, § *fin.*, D., *De solut.*
(2) Hering., § 16, n° 47.
(3) *Suprà*, n° 220.

491. Maintenant, passons au dernier cas de confusion, c'est-à-dire à celui où c'est le créancier qui succède à la caution, et *vice versâ*.

Ici encore la confusion a des effets extinctifs limités. Elle n'est pas aussi absolue que nous l'avons vue aux numéros 478 et 479.

Ainsi, elle n'efface pas le passé, et laisse subsister les actions nées antérieurement.

Par exemple, si, avant la confusion, le fidéjusseur avait payé quelque chose au créancier en extinction de la dette principale, le créancier devenu héritier du fidéjusseur aurait l'action *mandati contraria* du chef de son auteur pour se faire rembourser, par le débiteur, de ces à-compte. Loin que la confusion fasse disparaître cette action, elle la transporte sur la tête du créancier, et à son droit primitif elle ajoute, elle mêle celui de la caution. Les deux droits sont confus, mais ils ne sont pas paralysés l'un par l'autre.

Il en est de même si c'est la caution qui, après avoir payé des à-compte au créancier, vient à lui succéder purement et simplement. La confusion ne la prive pas de son action *mandati contraria* qui lui compétait antérieurement.

492. Et de même qu'elle ne saurait nuire aux actions nées contre le débiteur, de même elle ne saurait aggraver la situation de ce dernier.

En voici une preuve donnée par Africain (1) : Un créancier hérite purement et simplement du fidéjusseur. Puis, supposant qu'il s'est payé lui-

(1) L. 21, § 5, D., *De fidejuss.*

même, il intente l'action *mandati contraria* contre le débiteur, ainsi que le ferait une caution qui aurait en réalité désintéressé le créancier. Cette action *mandati* a pour lui des avantages marqués. Car on sait que le mandataire a droit aux intérêts *ipso jure* de tous ses déboursés, et le fidéjusseur, qui n'est qu'un mandataire sous ce rapport, jouit de ce privilége (1). Or qu'arrivera-t-il? Par suite de la supposition qu'il a payé entre ses propres mains, le créancier va demander les intérêts de plein droit à compter du jour où la confusion s'est opérée. Doit-il en être ainsi? La confusion doit-elle avoir les effets d'un paiement réel? Non, répond Africain, car il n'y a pas eu de paiement. La confusion opère à sa manière et non pas à titre de paiement, et il ne faut pas lui en attribuer les priviléges. S'il y avait eu un paiement, le principal débiteur serait libéré, et il ne l'est pas. *Reus obligatus manet.* Aussi Cujas, qu'on peut citer comme une autorité égale à Africain, dit-il très bien : « *Vellem his adjungi quod idem Africanus scripsit* (2); *ex quo intelligimus, aliâ quâque ratione, confusionem non per omnia pro solutione cedere* (3). »

Un autre exemple de notre règle a été donné ci-dessus, au n° 221. Nous avons vu que le créancier ne serait pas fondé à argumenter de cette

---

(1) *Suprà*, art. 2028.

(2) L. 38, § ult., D., *De solutionibus.*

(3) *Tract.* 7, *ad African.*

Sur la l. 21, § 5, D., *De fid-juss.*

extinction du cautionnement pour prétendre qu'il lui en doit être donné un autre.

493. Toutes ces difficultés disparaissent quand la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire ; car le bénéfice d'inventaire a pour but d'empêcher la confusion (1).

Article 2036.

La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ;

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur.

SOMMAIRE.

494. Des exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et de l'usage qu'en peut faire le fidéjusseur.
495. Distinction entre les exceptions *réelles* et les exceptions *personnelles*. Les premières seules passent à la caution.
496. Suite.
497. Concordance de l'art. 2036 et de l'art. 1208 C. c.
498. Du *paiement*.
Effets du paiement avec subrogation, à l'égard de la caution.
499. Suite.
500. Des imputations de paiement.
501. Les à-compte payés par le débiteur sont censés devoir éteindre la partie de la dette non cautionnée, plutôt que la partie cautionnée.
502. Des *offres*.
503. De la remise faite au débiteur.

---

(1) Art. 802, § 2.

504. Les remises concédées à un failli ne libèrent pas la caution.
505. De la remise faite au débiteur *animo donandi.*
506. De la transaction faite entre le débiteur et le créancier.
507. Le débiteur ne peut aggraver par une transaction la position du fidéjusseur.
508. Suite.
509. Suite. Lois romaines.
510. La *chose jugée* en faveur du débiteur profite à la caution.
511. Et la chose jugée contre le débiteur lui nuit.
512. Suite. Différence entre la chose jugée et la transaction.
513. Du *serment.*
514. La caution peut appeler du jugement rendu contre le débiteur principal.
515. L'acquiescement du débiteur principal ne nuit pas à la caution.
516. La caution ne pourrait pas appeler si le délai de l'appel était écoulé.
517. De la compensation.
518. De la confusion.
519. De la prescription.
520. Des moyens de nullité.
521. De la résolution du contrat pour inexécution.
522. Le bénéfice de l'art. 2036 appartient-il au fidéjusseur solidaire aussi bien qu'au fidéjusseur simple?
523. *Quid juris* si le fidéjusseur s'est obligé comme débiteur principal?
524. *Quid juris* encore à l'égard du donneur d'aval?
525. Lorsque le fidéjusseur n'a pas opposé les exceptions qui compétaient au débiteur principal, ce dernier peut-il lui opposer qu'il s'est mal défendu? Renvoi!!

COMMENTAIRE.

494. Puisque l'obligation du fidéjusseur est la même que celle du débiteur principal (*idem esse*

fidejubeo) (1); puisque par une conséquence nécessaire l'obligation du fidéjusseur ne peut excéder l'obligation principale ni être contractée sous des conditions plus onéreuses (2), on arrive à cette autre conséquence non moins naturelle, non moins évidente, savoir, que les moyens de défense qui protégent le débiteur principal contre les exigences du créancier sont communes au fidéjusseur, et lui appartiennent autant qu'au débiteur principal (3); de telle sorte qu'il peut s'en prévaloir, soit que le débiteur en ait déjà usé avec succès, soit qu'il néglige ou refuse d'en user (4): *etiam invito reo* (5).

Nous avons même vu que le fidéjusseur ne pourrait pas s'interdire par des renonciations anticipées le droit de se prévaloir de ces moyens de défense; car ce serait aller contre l'essence du cautionnement. Le cautionnement ne serait plus *susceptio in se alienæ obligationis* (6).

Pour mettre ces idées dans tout leur jour, nous allons examiner les principales exceptions qui, du débiteur principal, passent à la caution.

---

(1) *Suprà*, nos 7, 21, 29, 45, — 96.

(2) Art. 2013. *Suprà*, no 96.

(3) *Suprà*, no 46.

(4) *Suprà*, nos 45, 46, 89, 93, 107, et surtout 89 et suiv.
Pothier, no 381.
Marsili, n° 267.
Hering., c. 27, part. 4, n° 6.

(5) Arg. de la loi 62, D., *De pactis* (Furius Anthianus).

(6) *Suprà*, 93, 94, 107.

495. Mais auparavant il faut rappeler une distinction capitale en cette matière, et déjà indiquée par nous dans notre explication de l'art. 2012 (1). C'est la distinction des exceptions réelles (*rei cohærentes*) (2), et des exceptions personnelles au débiteur. Les exceptions personnelles au débiteur et introduites en sa faveur par suite d'un privilége spécial ne passent pas à sa caution. Celle-ci ne peut se prévaloir que des exceptions appelées par les docteurs *separabiles à personâ rei.*

496. Ainsi nous avons vu que les exceptions tirées de la minorité (3), de l'interdiction (4), etc., ne profitent pas au fidéjusseur, et qu'au contraire le cautionnement n'a été requis par le créancier que dans la crainte de ces exceptions et pour s'en garantir.

Mais nous avons vu aussi que si l'exception est réelle, foncière, elle profite au fidéjusseur (5). Nous avons donné pour exemple le dol, la lésion.

497. Ces expressions : *exceptions qui sont purement personnelles au débiteur*, n'ont pas dans l'art. 2036 tout-à-fait le même sens que dans l'art. 1208. Ainsi, lorsqu'il y a deux débiteurs solidaires, et que l'un d'entre eux a quelque exception tirée d'un vice de consentement qui le con-

---

(1) *Suprà*, nos 47, 79 et 83.
(2) L. 7, § 1, D., *De except.*
Pothier, no 381.
(3) *Suprà*, nos 73 et suiv.
(4) No 80.
(5) No 83.

cerne seul, son codébiteur ne peut s'en prévaloir, parce que ce vice n'engendre qu'une exception purement personnelle en faveur de celui dont le consentement a été surpris, et qu'il ne s'étend pas à l'obligation de celui qui de son côté a contracté sans dol, sans fraude et sans erreur. Mais dans l'art. 2036 il n'en est pas de même. Le vice du consentement du débiteur est commun au débiteur et à la caution. Car la caution, accédant à l'obligation du débiteur principal, étend jusqu'à elle cette obligation même, avec ses qualités ou ses vices. Ces vices ne sauraient donc être considérés comme personnels au débiteur ; ils engendrent une exception dont le fidéjusseur peut se prévaloir comme lui et même malgré lui (1).

498. Ceci entendu, occupons-nous des principaux moyens d'extinction qui réagissent du débiteur principal sur la caution.

Quand le débiteur principal a payé ce qu'il doit, le cautionnement tombe et le fidéjusseur est libéré. C'est là une de ces vérités évidentes sur lesquelles le lecteur n'a pas besoin qu'on insiste ici. Toutefois, si le créancier est payé avec des deniers qui ne sont pas ceux du débiteur, il peut subroger le bailleur de fonds dans ses droits tant contre le débiteur principal que contre la caution (2). Il en est de même quand c'est le débiteur qui emprunte des fonds à l'effet de payer sa dette : il peut

(1) M. Zachariæ, t. 3, p. 159, note (11).

(2) Art. 1250 et 1252.

Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 353.

subroger le prêteur dans les droits du créancier tant contre lui-même que contre la caution (1).

499. Ainsi, l'obligation de la caution peut survivre au paiement ; et il ne faut pas s'en étonner, car il y a des paiements tels qu'ils ne font que faire changer la créance de place et substituer un créancier à un autre. De tels paiements peuvent donc être faits avec des réserves qui conservent les actions du créancier contre le fidéjusseur. Les articles 1250 et 1252 ont réglé les conditions de ces réserves. La plus essentielle est qu'elles ne soient pas faites *ex intervallo*. Car un paiement non accompagné d'une *prompte cession d'actions* (2) éteint tout-à-fait la dette (3). C'est d'ailleurs le seul moyen de prémunir le fidéjusseur contre des fraudes dangereuses.

Si l'on veut voir un exemple de ces fraudes, il faut consulter un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1840 (4).

Un débiteur avait payé le créancier ; mais, afin de se ménager un autre emprunt, il s'était fait donner par lui une procuration en blanc pour transporter à d'autres personnes, par forme de subrogation, cette même créance ainsi éteinte en réalité. Les cautions disaient aux cessionnaires : Que nous demandez-vous ? Il y a eu paiement, et

---

(1) Même art. Mon com. des *Hypoth.*, t. 1, n° 354.

(2) Loyseau, *Off.*, 3, 7, 4.

(3) Mon com. des *Hypoth.*, *loc. cit.*

(4) Devill., 40, 1, 530.
Dal., 40, 1, 103 et 104.

ce paiement, fait purement et simplement, nous a libérés. Tout ce qui a eu lieu ultérieurement n'est qu'un abus pour contracter d'autres emprunts et étendre à ces nouvelles obligations notre cautionnement primitif. Mais ces actes frauduleux ne nous concernent pas ; le paiement a mis fin à notre garantie. Nous nous en emparons comme d'une exception qui nous appartient.

Néanmoins, les cautions échouèrent par la raison que les tiers étaient de bonne foi et que les cautions avaient été représentées par le débiteur principal dans les actes authentiques qui avaient attribué à ces mêmes tiers les transports dont ils se prévalaient. L'arrêt de la Cour de cassation, rendu contre les conclusions de M. Laplagne-Baris, est-il entièrement satisfaisant? Est-il bien vrai que le fidéjusseur soit représenté par le débiteur principal dans les actes qui lui nuisent et lui enlèvent des droits acquis (1)? N'est-il pas certain en droit que le débiteur principal « *prodesse*, *acquirere*, *et* NON NOCERE *tenetur fidejussori* (2)? L'art. 2038 ne déclare-t-il pas que le fidéjusseur est libéré par un paiement quelconque, et sa libération n'est-elle pas même si favorable que l'art. 2038 le déclare déchargé quand même le créancier serait évincé? Je crains que la faveur des tiers n'ait arraché aux magistrats une décision de droit qui va trop loin,

---

(1) *Infrà*, nos 502, 507, 515.
Suprà, n° 494.

(2) Hering., c. 27, part. 4, n° 8.
D'après Imola, *infrà*, n° 573.

et qu'on aurait pu mieux motiver par les circonstances particulières de la cause?

500. Si le fidéjusseur peut se prévaloir des paiements que le débiteur principal a faits en extinction de la créance, par contre, il ne peut critiquer les imputations de paiement consenties entre le débiteur et le créancier en se conformant à la loi. Nous avons donné ci-dessus un exemple de cette règle (1). Elle reçoit son application dans le cas où le fidéjusseur n'a cautionné qu'une partie de la dette, et où par conséquent il aurait intérêt à faire considérer la partie cautionnée comme éteinte par les à-compte du débiteur plutôt que la partie non cautionnée.

501. Lors même qu'il n'y aurait pas d'imputation convenue, les à-compte payés par le débiteur sont plutôt censés éteindre la partie non cautionnée que la partie cautionnée. Le créancier n'a exigé le cautionnement que pour se prémunir contre le cas de non paiement (2). Le fidéjusseur ne saurait trouver dans ces à-compte une exception dont il puisse profiter.

502. Les offres suivies de consignation libèrent la caution lorsque se réalisent les conditions exigées par les art. 1261 et 1262 C. c.

503. La remise faite au débiteur principal par le créancier profite à la caution (3). *Debitoris*

---

(1) N° 246.

(2) *Suprà*, n° 491.

(3) Art. 1287 C. c.
Pothier, nos 378 et 581.
Marsili, n° 276.

conventio, dit Paul, *fidejussoribus proficiet* (1).

504. Néanmoins, les remises concédées à un failli par un concordat ne libèrent pas la caution (2). La raison en est que ces remises sont déterminées, non pas par la volonté de libérer le débiteur, mais par la nécessité de sacrifier une partie de la créance pour sauver le reste. Elles ne donnent au failli qu'une exception personnelle, non foncière, qui laisse subsister naturellement la dette pour le surplus. Or, nous savons que l'obligation naturelle peut servir de base à un cautionnement.

Vainement dirait-on que l'action donnée aux créanciers contre la caution viendrait à réfléchir de la caution sur le débiteur par l'action *mandati*, et qu'ainsi ce serait enlever d'une main au débiteur ce qu'on lui aurait accordé de l'autre. La réponse est que le fidéjusseur, étant lui-même créancier du débiteur failli, est obligé de subir la loi du concordat et de faire la même remise que le créancier (3).

505. *Quid juris* d'une remise faite *animo donandi* au débiteur, mais sous la condition qu'elle ne profitera pas au fidéjusseur? Ulpien décide que, dans ce cas, le fidéjusseur ne peut se protéger par l'exception propre au débiteur (4). D'après le droit des

---

(1) L. 21, § 5, D., *De pactis*.

(2) Art. 545 C. de c.
Pothier, n° 381.
Lamoignon, *Des caut.*, t. 13.

(3) *Suprà*, n° 343. Pothier, *loc. cit.*

(4) L. 22, D., *De pactis*.
Infrà, n°s 528 et 533.

Pandectes, cette solution est irréprochable. Elle rentre à merveille dans les rapports qui existaient alors entre les trois personnes intéressées au cautionnement. Elle maintient au créancier la faculté d'user de son droit en faveur du débiteur principal, et elle ne porte au fidéjusseur aucun préjudice. Car, d'une part, le fidéjusseur obligé de payer le créancier n'en aura pas moins l'action *mandati contraria* contre le débiteur, et, de l'autre, il ne peut se plaindre de ce que le créancier s'est mis dans l'impossibilité de lui céder ses actions contre ce même débiteur. On verra plus bas, en effet (1), qu'avant Justinien, le créancier n'était tenu de céder ses actions que dans l'état où elles étaient; qu'il n'avait aucune obligation de les conserver au fidéjusseur; que les raisons d'humanité qui avaient déterminé la jurisprudence romaine à exiger du créancier une cession de ses actions ne permettaient pas que cette cession lui devînt une cause de préjudice.

Mais, comme l'a remarqué Cujas (2), cette jurisprudence, excellente dans l'ancien droit, n'est plus admissible depuis que le bénéfice de discussion a été introduit, et que par-là le créancier est tenu de conserver ses actions au fidéjusseur contre le débiteur. Le créancier qui, par son fait, a privé le fidéjusseur du bénéfice de cette cession, perd son droit contre lui. Que serait-ce d'un créancier qui, ayant renoncé à agir contre le débi-

---

(1) Nos 527 et suiv.

(2) Sur la loi 21, § final, D., *De pactis*, dans son com. *Pauli ad. Edict.*, lib. 3.

teur, prétendrait agir contre la caution? Celle-ci ne lui dirait-elle pas : « Vous ne pouvez pas me céder » une action à laquelle vous avez renoncé. Toute » voie contre moi vous est donc fermée. »

506. Lorsque le débiteur et le créancier ont transigé, et que la transaction contient des pactes avantageux, le fidéjusseur peut s'en prévaloir (1).

507. Mais, par contre, le débiteur pourra-t-il, par une transaction qui aggrave sa position, aggraver celle du fidéjusseur? Non! Le fidéjusseur conserve toujours le droit de prouver que la transaction déroge à la convention principale, et qu'il doit dès lors rester dans les termes de cette convention, la seule qui l'oblige. Si donc cette convention primitive renferme des exceptions opposables au créancier, le fidéjusseur pourra en user, « *etiam invito reo* (2). » Car, comme le dit le jurisc. Furius Anthianus : « *Semel adquisitam fidejussori* » *pacti exceptionem, ulteriùs ei invito, extorqueri non* » *posse* (3) ».

508. De là cette conséquence remarquable : c'est que si une transaction favorable, faite entre le débiteur et le créancier, est ensuite défaite par une transaction défavorable qui modifie la première, le fidéjusseur peut répudier la seconde, et tirer de la première une exception contre le créancier. C'est la décision du même Furius Anthia-

---

(1) Pothier, n° 381.

(2) *Suprà*, n° 494.

(3) L. 62, D., *De pactis*.

nus (1). Un créancier avait consenti à ne pas poursuivre son créancier pendant trois ans, et c'était là un pacte qui nécessairement profitait à la caution de ce débiteur. Plus tard, une nouvelle convention intervient par laquelle le débiteur et le créancier conviennent que la dette sera actuellement exigible. Cette convention ne peut, en ce qui concerne le fidéjusseur, détruire l'effet de la première : c'est pour lui un droit acquis (2).

509. Paul, à la vérité, décide le contraire dans la loi 27, § 2, *D.*, *De pactis*. Passeribus a cherché à concilier cette antinomie (3). Il passe en revue les opinions de plusieurs interprètes connus ou inconnus ; et, après en avoir repoussé plusieurs comme capricieuses et divinatoires, il s'arrête à celle-ci : Dans la loi 62, le jurisconsulte suppose que c'est le débiteur qui a stipulé un délai ; le créancier le lui a accordé sans faire de réserve, et l'on conçoit alors que le fidéjusseur puisse s'en prévaloir par un contre-coup nécessaire, de telle sorte que des conventions postérieures ne puissent lui en enlever le bénéfice une fois acquis. Au contraire, dans la loi 27, § 2, Paul suppose que le créancier n'a consenti au délai que dans la vue du débiteur seul, et en retenant tous ses droits contre le fidéjusseur.

Cette interprétation, qui ramène la thèse à l'espèce dont nous nous sommes occupés au n° 505, est ingénieuse ; mais elle n'est qu'ingénieuse :

---

(1) L. 62, D., *De pactis*.

(2) Hering., c. 27, part. 4, n° 33.

(3) *Conciliatio legum*, p. 55.

l'antinomie existe. Pothier le reconnaît (1). Paul et Furius Anthianus sont évidemment en opposition. Il s'agit de savoir lequel des deux l'emportera, et je crois, avec Pothier (2), que c'est le second. Au surplus, dans la pratique, l'opinion commune a toujours été conforme à la doctrine de Furius Anthianus (3).

510. La chose jugée en faveur du débiteur est aussi une exception dont le fidéjusseur peut argumenter contre le créancier (4). La sentence qui décide que le débiteur est libéré, ou que l'obligation est radicalement nulle, porte sur la chose même (*non in personam, sed in rem*); et elle profite au fidéjusseur sans qu'il ait été appelé au procès.

511. Mais que dirons-nous de la chose jugée contre le débiteur principal? Le créancier peut-il la tourner contre la caution?

Les docteurs ont beaucoup controversé cette question. *In quo jura et doctores videntur varii*, dit Marsili (5). Bartole (6), qui l'examine, fait une distinction entre celui qui a cautionné un contrat et celui qui a cautionné les effets d'un jugement. Le fidéjusseur d'une convention, dit-il, ne peut être

---

(1) N° 381.
(2) *Loc. cit.*
(3) Hering., *loc. cit.*
(4) L. 7, § 1, D., *De except.*
Pothier, n° 381.
Hering., c. 27, § 4, n° 16.
(5) N° 347.
(6) Sur la loi 1, D., *Judic. sol.*, n°s 1 et 2.

poursuivi en vertu de la chose jugée avec le débiteur principal; il peut la remettre en question. « *Undè teneo hoc pro vero quòd in fidejussore contractûs* » *non fit executio sine novo processu.* » Quant à celui qui a cautionné les suites d'un jugement, Bartole croit que la sentence rendue contre le débiteur principal est de plein droit exécutoire contre le fidéjusseur.

512. Mais nous pensons, avec Henrys (1) et Merlin (2), que le jugement rendu contre l'obligé principal réagit contre la caution. J'ai donné un exemple de cette vérité dans mon commentaire de la *Vente* (3). Le fidéjusseur a une obligation dépendante de celle du débiteur. *Totum pendet*, dit Doneau, *ex obligatione principalis rei* (4). Et celui-ci est souvent plus capable que lui pour défendre à la demande; il est mieux instruit des moyens et des faits, et le fidéjusseur est censé lui avoir donné mandat pour soutenir les intérêts communs (5). Au surplus, cette opinion est expressément consacrée par la loi 7, au C., *De evict.* (6).

En cela, la transaction diffère de la chose jugée

---

(1) C. 27, part. 4, n° 16.

(2) M. Merlin (Quest. de droit, v° *Chose jugée*, § 18, n° 5, et v° *Acquiescement*).

(3) T. 1, n° 442.

(4) Sur la loi 7, C., *De evict.*

(5) Arg. d'un arrêt de cassat. du 27 nov. 1811.
Devill., 3, 1, 429.
Dalloz, *Caution*, p. 406.

(6) *Junge* Pothier, *Vente*, n° 112;
Et Brunemau sur la loi 7, C., *De evict.*

à laquelle elle est souvent comparée. Un fidéjusseur n'est pas censé prévoir les transactions par lesquelles il plaît au débiteur de modifier ses obligations; mais il est censé savoir que ce débiteur aura des procès et qu'il en sera le défenseur le meilleur et le plus zélé.

513. Le serment prêté par le débiteur libère la caution (1). Par contre, le refus que fait le débiteur de prêter le serment qui lui est déféré peut-il être opposé par le créancier à la caution? Peut-on aussi lui opposer le serment déféré par le débiteur au créancier, et prêté par ce dernier, sur le fait du paiement de la dette principale? L'affirmative n'est pas douteuse; car, dans tous ces cas, un jugement intervient pour condamner le débiteur, et nous venons de dire que la chose jugée contre le débiteur tourne contre la caution (2).

514. La caution peut appeler du jugement rendu en premier ressort contre le débiteur principal. L'appel est un moyen qui lui compète, même quand le débiteur condamné ne voudrait pas en user.

515. Il suit de là que l'acquiescement du débiteur ne lui fermerait pas la voie de l'appel. Tout moyen de défense appartient au fidéjusseur, *etiam invito reo* (3). C'est ce que décide expressément

---

(1) Pomp., l. 42, D., *De jurej.*
Pothier, n° 381, art. 1365.

(2) M. Ponsot, n° 560.
Contrà, M. Duranton, t. 13, n° 607.

(3) *Suprà*, n° 494.
Hering., c. 27, part. 4, n° 11.

Marcianus (1) : *Item fidejussores pro eo pro quo intervenerunt. Igitur et venditoris fidejussor appellabit licet emptor et venditor adquiescant* (2).

516. Mais elle ne pourrait pas appeler si le délai de l'appel était écoulé (3). Il importerait peu qu'on ne lui eût pas signifié personnellement le jugement ; il suffirait qu'il eût été signifié au débiteur ; car le fidéjusseur a été représenté par le débiteur (4), et la signification faite au débiteur est censée faite au fidéjusseur.

Voilà pour ce qui concerne l'appel.

A l'égard de la tierce opposition, elle ne saurait appartenir à la caution. En effet, le fidéjusseur a été représenté dans l'instance par le débiteur principal. Notre proposition s'appuie sur un arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1811 portant cassation d'un arrêt de Lyon du 8 octobre 1809 (5). Je m'étonne qu'une opinion contraire ait été enseignée par MM. Duranton (6) et Zachariæ (7).

517. Lorsque le débiteur est libéré par la compensation, le fidéjusseur acquiert aussi par-là sa

---

(1) L. 5, D., *De appellat.*

(2) M. Merlin, Q. de droit, v° *Acquiescement.*

(3) Grenoble, 18 janvier 1832.
M. Ponsot, n° 566.
Contrà M. Merlin, Q. de droit, *Appel.*, § 8.

(4) Arg. d'un arrêt de cassat. du 27 nov. 1811.
Devill., 3, 1, 429.
Dalloz, *Caution*, p. 406.

(5) *Loc. cit.*

(6) T. 13, n° 517.

(7) T. 3. p. 160.

libération (1). Nous verrons tout à l'heure si cette proposition s'applique au fidéjusseur solidaire.

518. La confusion nous a occupés dans le commentaire de l'art. 2035. Nous y renvoyons.

519. La prescription, qui éteint la dette principale, éteint aussi le cautionnement. C'est pourquoi nous avons enseigné, dans notre commentaire de la *Prescription* (2), que le débiteur ne peut renoncer à la prescription acquise malgré la caution, et que celle-ci n'est pas liée par l'abandon qu'il plairait au débiteur de faire d'une exception qui s'étend jusqu'à elle.

520. Nous avons déjà vu, dans le commentaire de l'art. 2012, l'influence que les moyens de nullité, lésion et rescision qui affectent le contrat, peuvent avoir sur le cautionnement. Nous y renvoyons.

521. Nous ajoutons ici que lorsque la résolution d'un contrat a lieu pour raison d'inexécution, la caution qui y est intervenue pour en garantir les effets ne peut argumenter de cette résolution pour se prétendre libérée. C'est ce dont nous voyons un exemple dans la matière des faillites (3). La résolution du concordat ne libère pas les cautions qui y sont intervenues pour en garantir l'exécution. Tandis que l'annulation du concordat, soit pour dol, soit pour autre cause analogue, libère de plein

---

(1) Pothier, n° 378, art. 1294 C. c.

(2) T. 1, n° 103.

(3) Art. 520 C. de com.

droit les cautions (1), l'inexécution des conditions du concordat et la résolution qui s'ensuit laissent la caution sous le poids de ses obligations. La raison en est que c'est précisément afin de se prémunir contre cet évènement que le cautionnement a été stipulé. Il serait donc absurde de libérer la caution alors que se réalise le fait qui met en évidence l'utilité de son intervention.

522. C'est une question controversée que de savoir si le bénéfice de notre article est limité au fidéjusseur simple, ou bien s'il s'étend aussi au fidéjusseur solidaire. Notez bien que je ne parle pas de celui qui s'est obligé comme *débiteur principal*, et que notre question ne roule que sur le cas où le fidéjusseur a simplement promis la solidarité.

M. Zachariæ (2) et M. Ponsot (3) pensent que l'art. 2036 est général et qu'il embrasse les cautions solidaires autant que les cautions simples. Au contraire, un arrêt de la Cour de Colmar, du 16 juin 1821 (4), a décidé, par argument des articles 1294, § 3, et 1208, que la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ne peut être opposée par la caution solidaire; et l'on pourrait joindre à cette décision l'enseignement de

---

(1) Même article.
(2) T. 3, p. 158, note (10).
(3) N° 568.
(4) Palais, t. 16, p. 676.
Devill., 6, 2, 433.
Dalloz, t. 2, p. 415.

M. Duranton, qui ne veut pas qu'on mette de différence entre le fidéjusseur solidaire et le débiteur solidaire (1).

Dans le fait, Lossaint, adjudicataire d'une pièce de terre appartenant aux époux Gsell, paie à la veuve Conrad la somme de 1092 fr., montant d'une obligation souscrite au profit de cette dernière par les vendeurs et cautionnée solidairement par F. Gsell. Au moyen de ce paiement, Lossaint est subrogé dans tous les droits de la veuve Conrad. Mais ces droits étaient insuffisants pour protéger Lossaint contre les conséquences du paiement qu'il avait fait imprudemment à la veuve Conrad ; menacé de payer deux fois une partie de son prix, Lossaint actionna F. Gsell en remboursement de la somme de 1092 francs ; se prévalant de sa subrogation dans les droits de la veuve Conrad. F. Gsell lui répond : Vous étiez tout à la fois débiteur de votre prix envers les époux Gsell, et créancier de ceux-ci comme subrogé à la veuve Conrad. Il y a donc eu compensation. Votre titre s'est éteint, par conséquent, jusqu'à due concurrence, et comme je puis profiter des exceptions du débiteur principal, je vous oppose cette exception de compensation, de même qu'il aurait pu le faire lui-même.

Est-il bien vrai, cependant, qu'il y eût compensation ? Le prix étant affecté aux créances hypothécaires, pouvait-on dire que Lossaint était débi-

---

(1) T. 18, n° 332.

teur des époux Gsell, et que ceux-ci avaient pu compenser avec lui ?

La Cour de Colmar décida en premierordre que la compensation n'avait, dans ce cas, aucune valeur, et, à mon sens, elle avait pleinement raison. Mais, pour donner à son arrêt plus de force, elle crut devoir se placer dans l'hypothèse même de la compensation; et là, s'autorisant de l'art. 1294 du C. c., et de la circonstance que F. Gsell était caution solidaire, elle déclare qu'aucune compensation ne peut être opposée par ce dernier.

Cette solution est grave. Je la déclare sur-le-champ dangereuse et mauvaise. Il n'y a de vraie que l'autre opinion, celle qui consiste à dire que l'art. 2036 profite à la caution solidaire comme à la caution simple (1). Non-seulement le fidéjusseur solidaire peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, bien que le codébiteur solidaire ne le puisse pas, mais même il peut argumenter de tous les vices de consentement qui affectent l'obligation principale, bien que le codébiteur solidaire ne puisse tirer une exception de ces vices lorsqu'ils sont particuliers à son codébiteur (2).

Pour le prouver, il y a un point fondamental à éclaircir. Le fidéjusseur solidaire n'a-t-il le rôle de fidéjusseur que dans ses rapports avec le débiteur principal ? Est-il lui-même un vrai débiteur princi-

---

(1) M. Toullier, t. 7, n° 376.
M. Dalloz, t. 2, p. 416, note.

(2) Art. 1208.

pal à l'égard du créancier (1)? Poser cette question, c'est, ce me semble, la résoudre. Celui qui déclare s'engager comme caution exclut, par cela même et nécessairement, la qualité de débiteur principal. La solidarité promise ne change rien à cette situation tirée de la nature des choses et proclamée par la puissance des mots.

Nous avons dit ci-dessus que le cautionnement est par son essence un contrat accessoire (2), qu'il ne fait qu'étendre au fidéjusseur l'obligation même du débiteur principal (3). Tout cela est-il détruit parce que le fidéjusseur s'oblige solidairement? Dès l'instant qu'il retient la qualité de fidéjusseur, ne retient-il pas en même temps ce qui est de l'essence du cautionnement? N'est-il pas vrai qu'il n'a voulu qu'intervenir pour autrui ? N'est-il pas vrai, en se reportant à la cause et à l'origine de son agissement, que ce n'est pas comme débiteur principal qu'il a entendu s'obliger, mais seulement comme intercesseur pour autrui (4)? Et, dès lors, si son obligation reste obligation accessoire à l'obligation principale, peut-on dire qu'à l'égard du créancier avec qui il a stipulé et réservé sa qualité de fidéjusseur, il est un vrai débiteur principal (5)? N'associe-t-on pas deux qualités inconciliables

---

(1) *Suprà*, n° 241.
(2) N° 22.
(3) N°s 22, 29, 45.
(4) Hering., c. 27, part. 1, n° 74.
(5) *Suprà*, n° 241.

quand on veut que le fidéjusseur solidaire soit un débiteur principal ?

Il est vrai que l'art. 2021 du C. c. dit que lorsque le fidéjusseur s'est obligé solidairement, son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires. Mais ceci ne doit s'entendre que *secundum subjectam materiam*. Le législateur avait en vue le bénéfice de discussion auquel la clause de solidarité est une renonciation; il avait en vue le droit de poursuivre la caution de prime abord, comme dans le cas de l'art. 1203, et, sous ce rapport, le fidéjusseur solidaire est comparable au codébiteur solidaire. Mais, de ce qu'il lui est comparable dans ce cas particulier, il ne s'ensuit pas qu'il lui soit semblable dans tous les autres. Rien n'est plus dangereux que de généraliser les analogies ; car l'on risque à chaque instant de tomber dans la confusion. Or, ce serait sortir du point de vue que le législateur avait sous les yeux quand il édictait l'article 2021, que d'étendre cet article à une situation différente, à une situation que le législateur traite dans une autre section. Le droit de se servir des exceptions propres au débiteur découle d'une autre source que le bénéfice de discussion. Il ne faut donc pas faire peser sur le premier les présomptions de renonciation particulières au second. Il ne faut pas amoindrir un droit substantiel, légitime, inné, avec la même facilité qu'on amoindrit une faveur exorbitante du droit commun. Si la stipulation de solidarité est une preuve manifeste et directe que le fidéjusseur a renoncé au bénéfice de discussion,

elle ne prouve pas le moins du monde qu'il ait renoncé à son rôle de débiteur accessoire et aux priviléges qui en découlent naturellement.

523. Au reste, toute difficulté disparaîtrait si le fidéjusseur s'était obligé comme débiteur principal. Il est clair qu'il ne pourrait opposer les exceptions *ex personâ debitoris*, car il serait lui-même débiteur direct, principal, solidaire (1).

524. Ces distinctions nous conduisent à examiner si le donneur d'aval peut se prévaloir du bénéfice de notre article.

La raison de douter vient de ce qu'en règle générale, ceux qui apposent leur signature sur une lettre de change ou billet de commerce sont censés vouloir s'obliger comme débiteurs principaux ; Scaccia nous apprend même qu'à Gènes le texte du statut, assimilant pleinement les cautions d'une lettre de change à des débiteurs principaux, ne leur permettait pas de se prévaloir des exceptions *ex personâ ipsius principalis* (2).

Mais, en supposant que le statut de Gènes tienne le donneur d'aval pour débiteur principal, ce qui ne m'est pas entièrement démontré, je réponds que notre Code de commerce est loin de conduire à un résultat aussi dur. L'art. 141 voit dans le donneur d'aval un garant (le mot s'y trouve écrit), et c'est assez dire qu'il ne faut pas le mettre dans la classe

---

(1) Scaccia, § 1, *quæst.* 7, part. 3, nunt. 17, nos 8 et 9.
Statut Genuæ, IV, c. 12, § ult.
Turri, *De cambio*, disp. 1, *quæst.* 17, nos 21, 22.

(2) *Loc. cit.*

des débiteurs principaux. L'article 142 complète cette conséquence en ajoutant qu'il est tenu *solidairement et par les mêmes voies* que les tireurs ou endosseurs. *Solidairement!* Je l'accorde ! mais une caution solidaire n'est pas un débiteur principal, et l'on a de tout temps distingué celui qui cautionne solidairement et celui qui entre dans un contrat comme codébiteur principal. *Par les mêmes voies!!* Donc, s'il y a des moyens qui exonèrent le débiteur principal, des moyens qui font qu'il n'est pas tenu, le donneur d'aval, qui n'est tenu que par *les mêmes voies,* peut s'en prévaloir comme il s'en prévaudrait lui-même. Caution, véritable caution, et non pas débiteur principal, il jouit du droit écrit dans notre article. Obligé quand le débiteur principal est obligé, il est libéré quand le débiteur principal est libéré par quelque moyen de droit ou par quelque exception réelle (1).

525. Lorsque le fidéjusseur n'a pas usé contre le créancier des exceptions qui compétaient au débiteur principal, et qu'ensuite il exerce son recours contre ce dernier, le débiteur peut-il lui opposer qu'il s'est mal défendu? Voyez ce que nous avons dit aux n°s 383 et 384.

---

(1) M. Merlin, Q. de droit, v° *Aval*, § 2. p. 664, col. 2, et § 3, p. 665, col. 2.

M. Ponsot, n° 423.

M. Nouguier, *Lettres de change*, t. 1, p. 322, 323.

Article 2037.

La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

SOMMAIRE.

526. De l'extinction du cautionnement par la faute du créancier. Le créancier perd le bénéfice du cautionnement si par son fait il se met dans l'impossibilité de céder au fidéjusseur les actions qu'il avait contre le débiteur.

527. Ancien droit romain. Le créancier ne contractait pas avec le fidéjusseur l'obligation de lui *conserver* ses actions. Il était censé faire assez en cédant ses actions telles quelles.

528. Preuve tirée de la loi 22, D., *De pactis*.

529. Et de la loi 15, § 2, D., *De fidej*.

530. Raison de cette jurisprudence.

531. Suite. La cession d'actions manquant, le fidéjusseur devait se contenter de l'action *mandati contraria*.

532. Il en était autrement cependant dans le cas où il y avait *mandatum pecuniæ credendæ*.

Raison de cette différence entre le cautionnement et le *mandatum pecuniæ credendæ*.

533. Résumé du droit des Pandectes. Il est certain que le créancier devait céder ses actions telles quelles et sans être garant.

Changement sous Justinien. Introduction du bénéfice de discussion. Le résultat en est que le créancier doit *conserver* au fidéjusseur les actions au moyen desquelles la discussion peut être fructueuse.

534. Cette obligation du créancier n'a pas d'autre source que le bénéfice de discussion.

535. Pothier n'a pas traité ce point convenablement.

536. Il ne donne aucune bonne raison pour expliquer cette obligation du créancier de conserver ses droits intacts au fidéjusseur. Au contraire, il en donne qui seraient excellentes pour prouver que le créancier ne doit pas de garantie.

537. Suite. Auteurs qui ont mis le doigt sur la difficulté.

538. Le Code civil a aussi voulu que le créancier fût tenu de conserver ses actions au fidéjusseur ?

Mais quel en est le motif? N'est-ce pas à cause du bénéfice de discussion?

539. L'art. 1251, à lui seul, ne saurait être un argument pour décider que le créancier doit conserver ses actions au fidéjusseur.

On ne peut expliquer ce point de droit que par le bénéfice de discussion.

540. Réponse aux auteurs qui ont nié la liaison de l'art. 2037 avec le bénéfice de discussion.

541. Suite.

542. Suite. L'introduction du bénéfice de discussion a permis aux interprètes d'argumenter de la loi 95, § 11, D., *De solut.*, qui, sans ce bénéfice, aurait été inapplicable.

543. Preuve que le bénéfice de discussion a exercé une influence nécessaire sur la cession d'actions et a amplifié les obligations du créancier.

544. Le bénéfice de discussion, quoique introduit à titre de grâce, a limité cependant le droit du créancier.

545. Suite.

546. Suite. Une de ces limites c'est de l'obliger à ne pas perdre ses droits contre le débiteur.

547. C'est le sentiment de Voët. Solidité de son opinion.

548. Explication des lois romaines qui la fortifient. Réponse à quelques objections.

549. Suite.

550. Nouvelle preuve de la liaison du bénéfice de discussion avec l'obligation du créancier de conserver les actions intactes.

551. Suite.

552. Quelles personnes peuvent se prévaloir de notre article. Embarras de cette question pour plusieurs.

553. Le créancier ne peut décharger une caution sans nuire à l'autre caution. Celle-ci peut lui opposer l'art. 2037.

554. Lois romaines contraires à cette solution. C'est l'introduction du bénéfice de discussion qui a fait qu'elles n'ont pas été suivies depuis.

555. Interprétation de Cujas. Raison solide donnée par lui après quelques contradictions.

556. Suite.

557. Le fidéjusseur solidaire peut-il invoquer l'art. 2037 de même que le fidéjusseur simple?

558. Arrêt de la Cour de cassation qui décide l'affirmative, par la seule raison que l'art. 2037 ne distingue pas. Insuffisance d'un tel mode d'interprétation.

559. Arrêts contraires.

560. Ce sont ces derniers qui sont les seuls juridiques.

561. L'art. 2037 s'applique-t-il à celui qui, sans être proprement caution, a hypothéqué son bien à la sûreté de l'engagement?

562. *Quid* à l'égard du tiers détenteur?

563. L'art. 2037 ne doit pas être étendu à deux débiteurs principaux qui ont contracté solidairement.

564. Des faits qui constituent *la faute* du créancier et qu'on peut lui reprocher.

565. Des omissions, des négligences.

566. Suite.

567. Suite.

568. Le créancier est-il responsable de l'insolvabilité du débiteur, sous prétexte qu'il aurait pu le poursuivre plus tôt et alors qu'il était *in bonis?*

569. Est-il responsable de cette insolvabilité quand il y a *fidejussio indemnitatis?*

570. D'après l'art. 2037, le fidéjusseur a-t-il droit à ce que le créancier lui conserve, non-seulement les recours

et actions existant à l'époque du contrat, mais encore les droits et actions que ce même créancier a acquis postérieurement?

571. Suite.

572. Quand la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est libérée que dans la même proportion.

COMMENTAIRE.

526. L'article 2037 signale une nouvelle cause d'extinction du cautionnement, et cette cause provient de la faute du créancier. Lorsque le créancier s'est mis, par son fait, dans l'impossibilité de subroger le fidéjusseur à qui il demande paiement, dans ses droits, hypothèques et priviléges, le fidéjusseur est déchargé, et le créancier succombe sous l'exception *cedendarum actionum*. Cette disposition est le complément, mais non pas la conséquence, de la subrogation que la loi assure au fidéjusseur (1). Par l'effet de notre article, le fidéjusseur a dû compter, pour se faire indemniser, non-seulement sur l'action *mandati contraria*, mais encore sur le droit d'user des priviléges, sûretés et garanties dont est investi le créancier. Le créancier qui trompe cette légitime espérance est répréhensible; il occasionne un dommage, il doit le réparer (2).

Tel est le résumé des doctrines sur lesquelles

---

(1) Art. 2029.
Suprà, n° 345.

(2) *Suprà*, n°s 345, 347.
Pothier, n°s 428, 519, 520.

notre article est fondé; mais, pour en bien approfondir le sens et la portée, il est de la plus haute importance d'en rechercher l'origine et la raison première.

527. D'après l'ancien droit romain, le créancier ne contractait avec le fidéjusseur aucune obligation de lui conserver ses actions contre le débiteur principal (1). C'est une très importante observation de Cujas; on la retrouve dans le président Favre et dans Pothier. Les jurisconsultes romains pensaient que c'était assez donner à l'équité que d'empêcher le créancier de refuser au fidéjusseur la cession de ses actions; ils jugeaient donc que le créancier faisait tout ce que cette même équité l'obligeait à faire en cédant ses actions telles qu'il les avait au moment du paiement (2).

Cette vérité ressort de plusieurs textes.

528. Et d'abord la loi 22, D., *De pactis*, empruntée aux écrits d'Ulpien, porte ce qui suit (3) : Un créancier avait fait avec le débiteur un traité par lequel il s'engageait à ne pas le poursuivre, par égard pour sa personne, et à concentrer toutes ses actions sur le fidéjusseur. Par cette convention, il se mettait évidemment dans l'impossibilité de céder au fidéjusseur une action profitable contre le débiteur

---

(1) Cujas, récit. solenn., sur la loi 22, D., *De pactis*.
Favre sur cette loi.
Pothier, n° 381 (*Oblig.*), 520.

(2) L. 17, D., *De fidej.*
L. 2, C., *De fidej.*

(3) Je le cite *suprà*, n° 495.

principal, puisqu'il avait renoncé à cette action. Néanmoins, Ulpien décide que la convention est valable; que, dictée par un motif tout personnel au débiteur, elle ne profite pas au fidéjusseur, et que ce dernier peut être poursuivi (1); qu'il faut qu'il se contente, pour exercer son recours, de l'action *mandati contraria* contre le débiteur dont il aura payé la dette; mais qu'il n'a pas droit de se plaindre de n'être pas investi, en outre, des actions que le créancier avait contre ce même débiteur. Le créancier a renoncé à son droit, il le pouvait; le fidéjusseur ne saurait critiquer cet exercice de sa liberté de créancier.

529. La loi 15, § 2, D., *De fidejussorib.*, qui est de Julianus, est conçue dans les mêmes idées. Un créancier a deux fidéjusseurs; il fait remise expresse à l'un, et agit contre l'autre. Bien qu'il se soit mis hors d'état de céder au second son action contre le premier (2), il ne sera arrêté par aucune exception; *nullâ exceptione summovens* (3). Car rien ne l'oblige à conserver ses actions pour en faire ensuite une cession profitable au fidéjusseur. Créancier

---

(1) Cujas sur cette loi dans son com. du tit. *De pactis.*
Favre, *Rationalia* sur cette loi.

(2) « Adde etiam (dit Cujas sur cette loi, *lib.* 51, DIG. SALVI » JULIANI) Secundo à quo 15 petis, non competere hanc ex- » ceptionem : quòd adversus fidejussorem quem pacto libe- » rasti, *actionem cedere non possis efficacem*, etc., etc. » Voyez aussi ce qu'il dit dans son com. sur la loi 22, D., *De pactis*, *in fine.*

Voy. *infrà*, n° 553.

(3) Favre, *Conject.*, lib. XI, c. 15.

légitime, il fait de son droit l'usage que lui dictent ses intérêts et ses sentiments, sans porter atteinte à la bonne foi.

530. Cette jurisprudence s'explique par les meilleures raisons. Pourquoi le créancier était-il tenu de céder au fidéjusseur ses actions? C'est parce qu'on avait considéré que le créancier n'ayant aucun intérêt de les refuser au fidéjusseur qui avait intérêt de les avoir, l'équité, l'humanité, l'amour du prochain commandaient au créancier un acte qui, sans avoir aucun inconvénient pour lui, pouvait avoir pour le fidéjusseur des avantages considérables (1). Mais cette obligation, par cela même qu'elle était toute d'équité et de bienfaisance, ne devait pas devenir une arme contre le créancier et servir de prétexte à des exigences dommageables. « *Nemini debet esse damnosum beneficium suum.* » D'ailleurs, le cautionnement n'est-il pas un contrat unilatéral? Le fidéjusseur n'est-il pas le seul qui s'oblige? Quelle obligation formelle le créancier a-t-il donc contractée avec lui de lui céder ses actions (2)?

Ainsi donc, le fidéjusseur devait se contenter de recevoir les actions du créancier telles que ce dernier les avait faites en usant de son droit. Le rendre responsable des conventions par lesquelles il en avait diminué l'efficacité, c'eût été lui faire payer chèrement une cession toute bénévole de sa part

---

(1) Favre, *Ration.*, sur la loi 22, D., *De pactis*, et *Conject.*, *loc. cit.*, n° 11.

(2) *Suprà*, n° 19.

et convertir une libéralité en une obligation onéreuse (1).

531. D'ailleurs le fidéjusseur aurait été d'autant moins reçu à se plaindre qu'il avait contre le débiteur l'action *mandati* ; il n'avait donc pas absolument besoin de la cession des actions du créancier (2) ; cession toute gratuite, dès lors, qui ne devait pas devenir une source d'inquiétudes pour ce dernier.

532. Il en était autrement, d'après Papinien, dans le cas où, au lieu d'une fidéjussion, il y avait *mandatum pecuniæ credendæ* (3). Cujas en a fait la remarque (4) et Favre l'approuve (5) aussi bien que Pothier (6). Je vous ai donné l'ordre de prêter 1,000 à Titius, et vous, vous laissez perdre l'action que ce prêt vous donnait contre Titius. J'avoue que, par le contrat de mandat intervenu entre nous deux, je suis obligé de vous rendre cette somme. Mais vous, qui de votre côté, et aussi par l'effet de notre contrat de mandat (7), avez contracté l'obligation de me céder votre action contre Titius et qui ne le pouvez plus par votre faute (*culpâ tuâ*), vous êtes non recevable à mon égard.

---

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 519.
Favre, *loc. cit.*

(2) Cujas et Favre sur la loi 22, D., *De pactis.*

(3) L. 95, § 11, D., *De solut.* (lib. 28 *Quæst.* Papin.).
V. *suprà*, n° 28, ce que je dis de ce contrat.

(4) Sur la loi 22, D., *De pactis.*

(5) Sur cette loi.

(6) *Obligat.*, nos 381 et 580.

(7) Voyez mon commentaire du *Mandat*, n° 511.

Cette solution de Papinien est aussi logique, ici, que la solution contraire l'est dans le cas de cautionnement. Nous l'avons dit ailleurs (1) : dans le droit romain, le mandant n'a pas d'action directe contre les tiers avec lesquels son mandataire a contracté. Il faut, pour qu'il puisse se diriger contre eux, que ce dernier lui cède ses actions. Or, si par son fait le mandataire s'est mis hors d'état de faire cette cession, il est responsable envers le mandant.

Mais dans le cautionnement rien de pareil n'existe. Le créancier qui a prêté ses fonds n'a pas contracté, envers la caution qui répond du remboursement, l'obligation de lui céder ses actions contre le débiteur principal. Le créancier n'est pas le mandataire du fidéjusseur ; il n'y a pas de l'un à l'autre d'action *mandati*, comme dans le cas du *mandatum pecuniæ credendæ*. On ne saurait trop le redire : le cautionnement est un contrat unilatéral qui n'oblige que le fidéjusseur seul (2). Au contraire, le mandat, quoique imparfaitement synallagmatique (3), ne conduit pas moins à des obligations indirectes qui produisent un lien du mandataire au mandant. Si le créancier doit céder ses actions au fidéjusseur, et il le doit humainement (4), c'est parce qu'il n'a pas d'intérêt à le refuser, et que l'équité veut qu'on donne

---

(1) *Mandat* (*loc. cit.*).

(2) *Suprà*, n° 19.

(3) Mon com. du *Mandat*, n° 11.

(4) Paul, l. 17, D., *De fidej.*
L. 2, C., *De fidej.*

sans perte ce que le donataire reçoit avec profit : *Quæ sunt iis utilia qui accipiunt*, dit Cicéron, *danti non molesta* (1). Mais le créancier n'est pas du tout obligé à cette cession par une raison de droit ; car le droit, pris dans sa portée naturelle, y résiste plutôt qu'il ne la commande. C'est la remarque judicieuse de Doneau (2). « *Undè hoc jus petitum*, CUM » REPUGNET NATURÆ OBLIGATIONIS? *Non sanè ex com-* » *muni jure et potestate obligationis : sed ex æquo et* » *bono... æquum est, creditorem, cum illi pecunia* » *solvitur à fidejussore, actiones suas fidejussori cedere.* » *Id enim fidejussori prodest, et cedenti nihil nocet* (3). » L'humanité est donc le seul fondement de cette cession ; on a pensé que le créancier aurait mauvaise grâce à se prévaloir du silence de la convention pour refuser ce bénéfice à la caution. Le droit ne doit pas être poussé jusqu'à une subtilité si rigoureuse.

Voilà donc la différence bien marquée entre le cautionnement et le *mandatum pecuniæ credendæ*. Les esprits studieux doivent se garder de confondre deux situations si nettement tranchées et gouvernées par des idées si dissemblables.

Je ne dois pas laisser ignorer cependant que Cujas, qui a si bien fait ressortir cette différence, attestée du reste par tout le droit, a varié sur la conciliation de la loi 95, § 11, D., *De solut.*, avec la

---

(1) *Offic.*, 1, 16.
Mon com. de la *Prescript.*, t. 1, n° 144.

(2) Sur la loi 2, au C., *De fidej.*

(3) V. la loi 2, § *Quanquàm*, D., *De aq. et aq. pluv.*

loi 15, § 1, D., *De fidej.*, et qu'il lui est même échappé de dire, dans d'autres parties de ses ouvrages, que la décision de Papinien est applicable au fidéjusseur aussi bien qu'au *mandator pecuniæ credendæ* (1). Adresserons-nous à ce grand esprit le reproche d'incohérence et de versatilité? L'aurions-nous cru par hasard à l'abri des faiblesses qui font faillir les plus fermes jugements? Et puis, ces variations sont-elles l'effet de la distraction, ou le résultat d'un progrès? Ce qui paraît certain, c'est que Cujas a longtemps hésité avant d'arriver à la connaissance de cette vérité dont nous lui devons la révélation, savoir, qu'il est impossible de trouver dans les lois romaines aucun texte qui oblige le créancier à céder au fidéjusseur autre chose que ses actions telles quelles. Tout ce qu'il a dit de contraire se trouve dans ses œuvres posthumes. En est-il responsable envers le public? Sa véritable et définitive opinion ne se trouve-t-elle pas consignée dans ce qu'il a publié lui-même, c'est-à-dire dans son commentaire de la loi 22, D., *De pactis?* Cujas est un de ces génies progressifs dont on peut dire : « *Vires acquirit eundo.* » Bien souvent les changements d'opinion qui lui ont été reprochés sont des perfectionnements dont la science lui doit être reconnaissante (2).

---

(1) Sur la loi 95, § 11, D., *De solut.* (au liv. 28 des *Quest. de Papin.*).

Sur la loi 15, § 1, D., *De fidej.* (sur le livre 51, *Digest.*, *Salvii Juliani*).

(2) Je reviens sur ceci *infrà*, nos 543, 544, 545.

Je dirai la même chose de Pothier : ce jurisconsulte applique, dans ses Pandectes (1), au fidéjusseur, la loi 95, § 11, D., *De solut.* Entraîné, pour le moment, par l'interprétation de Cujas, sans se souvenir que Cujas lui-même a détruit ailleurs les bases de cette application, il confond les deux positions si diverses de la fidéjussion et du *mandatum pecuniæ credendæ*. Mais suivez-le dans ses ouvrages postérieurs, et vous le verrez, dans son traité des *Obligations*, déclarer que la loi 95, § 11, D., *De solut.*, *n'est pas décisive pour le fidéjusseur* (2). La vérité se trouve dans cette opinion qui est la dernière et qui réforme manifestement la précédente. Non! la loi 95, § 11, D., *De solutionibus*, n'est pas décisive. Elle est si peu décisive qu'elle concerne une hypothèse fondamentalement différente ; et la confusion serait grande si on la considérait comme la règle du cautionnement!!

J'ai cru essentiel d'insister sur ces détails. Dans une matière aussi grave que celle dont s'occupe notre article, la tradition historique est de la plus grande importance. On ne peut la conserver pure et vraie qu'en ne déplaçant pas les textes de leur cadre et de leur point de vue.

533. Voilà donc le droit romain, tel que l'ont pratiqué les jurisconsultes de l'époque classique, et tel qu'il s'est continué jusqu'à Justinien. Il en résulte que s'il y a, en jurisprudence, beaucoup de circonstances où la cession d'actions doit être

---

(1) *De fidej.*, n° 47.
(2) N° 557.

faite par le cédant avec garantie des fautes par lesquelles il a amoindri ou perdu ces actions (1), il en est d'autres où le cédant n'est tenu de céder ses actions que telles qu'il les a. Or, le créancier est, à l'égard du fidéjusseur, dans cette position, d'après le droit antérieur à Justinien (2). Les contradictions que nous avons relevées sur ce point dans les ouvrages de Cujas et de Pothier, ne servent qu'à mettre cette vérité dans un jour plus frappant. Elles montrent qu'après avoir tâtonné, ces deux hommes éminents se sont réformés eux-mêmes, et que leur dernier mot, celui auquel nous nous arrêtons, a été le fruit de la méditation des textes.

Sous Justinien, un grand changement fut introduit. Le fidéjusseur fut investi de l'exception de discussion (3). Poursuivi par le créancier, il eut le droit de lui dire : « Je veux qu'avant de recourir sur moi vous discutiez le débiteur principal. » Et ce droit eut pour conséquence nécessaire de mettre le créancier dans l'obligation de ne rien faire qui fût de nature à en priver le fidéjusseur directement ou indirectement. Si un créancier eût pu, par des conventions passées avec son débiteur, se mettre dans l'impossibilité de lui rien demander, que serait devenue l'utilité de l'exception de discussion?

---

(1) L. 95, § 11, D., *De solut.*
45, D., *De ad. tutor.*
35, § 4, D., *De cont. empt.*, etc., etc.

(2) *Junge* Favre, *Ration.*, sur la loi 35, § 4, D., *De cont. empt.*

(3) *Suprà*, n° 225.

n'aurait-elle pas été illusoire? Pouvait-il dépendre d'un créancier de priver, par son fait, le fidéjusseur du bénéfice de la loi? Supposons qu'un créancier eût passé avec son débiteur cette convention : « Je » promets, par égard pour votre personne, de ne » pas vous demander ce que je dois, mais je me » réserve de le demander à votre fidéjusseur (1) ; » convention valable dans l'ancien droit (2) ; que serait-il arrivé lorsque ce même créancier aurait intenté son action contre le fidéjusseur? Le fidéjusseur, armé de la novelle, l'aurait renvoyé à la discussion du débiteur principal, et lui, il aurait été obligé d'avouer qu'il avait rendu cette discussion impossible par ses arrangements particuliers avec le débiteur! Mais le fidéjusseur ne lui aurait-il pas répondu victorieusement : « Il ne dépend pas de vous de me priver de ma sauvegarde ! ! vous n'êtes pas maître de vous placer au-dessus de la novelle, au-dessus de ce droit nouveau qui, à la différence du droit ancien, ne me fait porter le poids de l'obligation principale, à moi qui ai opposé l'exception de discussion, qu'autant que le débiteur principal est insolvable? Vous ne pouvez à votre gré augmenter ma responsabilité hors de ce cas, et substituer à la force majeure, qui vous met dans l'impossibilité de vous faire payer, un fait volontaire émané de vous qui s'oppose à ce que vous vous fassiez payer par lui (3)? Ce langage,

(1) Ulp., l. 22, D., *De pactis.*

(2) *Suprà*, n° 505.

(3) Cujas sur la loi 22, D., *De pactis.*
Pothier, *Oblig.*, n° 381. *Suprà*, n° 506.

je le répète, serait triomphant; il ne le serait pas moins si le créancier avait laissé perdre son droit contre le débiteur principal par quelque autre cause que ce soit, imputable à sa volonté, à sa faute, à sa négligence. Car, comme le dit Favre, on irait droit à l'absurde si l'on admettait que le fait du créancier peut priver le fidéjusseur du bénéfice de la loi (1).

Or, dès l'instant que le créancier est tenu, par l'effet irrésistible de la novelle, de conserver son droit intact contre le débiteur principal, il s'ensuit que lorsqu'arrive la cession d'actions, il ne lui suffit plus de céder ses actions telles quelles; il faut qu'il les cède intactes, afin que le fidéjusseur, mis à sa place par cette cession, trouve dans la discussion qu'il fait lui-même des facultés du débiteur les ressources que le créancier y aurait trouvées s'il l'avait renvoyé à faire cette discussion. Le fidéjusseur qui consent à payer sans opposer le bénéfice de discussion, mais avec la réserve implicite de la cession des actions, ne saurait être de plus mauvaise condition quand il se contente de cette cession que lorsqu'il renvoie le créancier à discuter le débiteur principal. De plus, le créancier à qui le fidéjusseur fait la grâce de ne pas le retarder par l'exception dilatoire de discussion ne doit pas vouloir que le fidéjusseur soit plus maltraité par la cession d'actions qu'il ne le serait par le bénéfice de discussion.

534. Voilà quelle est la véritable source du point

(1) *Loc. cit.*

de droit déposé dans notre article. Il n'est pas le pur corollaire de l'obligation où est le créancier de céder ses actions contre le débiteur principal. Car nous venons de le voir : avant Justinien cette obligation existait (1), et cependant il suffisait au créancier de céder ses actions telles quelles ; le créancier la remplissait, cette obligation, en investissant le fidéjusseur de ses droits tels qu'il lui avait plu de les faire, tels qu'ils existaient au moment de la cession. Ce n'est que depuis l'introduction du bénéfice de discussion, et par l'effet de cette innovation, qu'il en a été autrement. Comme la novelle de Justinien a établi un ordre de poursuites favorable au fidéjusseur, un ordre de poursuites qui exige l'épuisement des facultés du débiteur avant d'arriver au fidéjusseur, on a été naturellement conduit à cette conclusion, savoir : que la volonté du créancier ne peut rendre impossible la discussion du patrimoine qui doit répondre en premier ordre et sauvegarder le fidéjusseur ; que le créancier n'est plus le maître d'abdiquer ou de négliger des droits dans lesquels la loi a entendu que le fidéjusseur trouverait un rempart ; qu'il doit, au contraire, les conserver intacts, moins pour lui-même qui, après tout, pourrait y renoncer s'il était seul, que pour le fidéjusseur dont autrement il sacrifierait la position. Et, dès lors, la cession d'actions, influencée par ce droit nouveau, a perdu une partie de son caractère primitif. Elle n'a plus été un simple acte

---

(1) L. 17, D., *De fidejussorib.* (Paul).
Favre sur la loi 22, D., *De pactis.*

de bienfaisance et d'humanité, une de ces libéralités sans conséquence qu'on accorde parce qu'on n'a pas d'intérêt à les refuser. A l'obligation de céder ses actions, déjà consacrée par le droit ancien, est venue se joindre, de par le droit nouveau, l'obligation de les céder entières et conservées.

535. J'appuie sur cette origine de notre article et du droit qu'il sanctionne, car l'importance en est grande, et c'est par elle qu'on trouve la clé de beaucoup de points difficultueux en cette matière. Dans son chapitre de la *cession d'actions*, Pothier a eu le tort, non pas seulement de ne la point mettre en lumière, mais même de ne pas expliquer du tout pourquoi les lois du Digeste, qui se contentent d'une cession telle quelle, ne sont pas suivies (1). Cette raison (qu'il connaissait à merveille du reste), il faut aller la chercher dans une autre partie de son *Traité des obligations*, où on la trouve comme perdue et jetée par hasard (2). Il semble même que Pothier ne s'en soit plus souvenu quand il en est arrivé à traiter *ex professo* la cession d'actions; et cet oubli, reflet des fausses idées qui dans ses Pandectes défigurent la cession d'actions (3), répand une fâcheuse obscurité sur cette partie de l'incomparable *Traité des obligations*. On va en juger.

536. Quand, en effet, Pothier veut montrer le fondement de la cession d'actions, il dit avec sa

(1) *Oblig.*, n° 520.
(2) N° 381.
(3) *De fidéj.*, n°s 47 et 50.

bonhomie charmante de simplicité : « Cette obli-
» gation du créancier de céder ses actions est
» fondée sur cette règle d'équité, qu'étant obligés
» d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés
» de leur accorder toutes les choses qu'ils ont in-
» térêt d'avoir, *lorsque nous pouvons les leur accorder*
» *sans qu'il nous en coûte rien* (1). »

C'est très bien ! et je comprends parfaitement l'opportunité de cette morale quand on entend la cession d'actions à la manière d'Ulpien et de Julianus. Mais, je l'avoue, mon esprit est bientôt dérouté quand on la fait servir de préambule à la condamnation du créancier dont on exige, non plus une cession de ce qu'il a, mais une cession de ce qu'il devrait avoir. Comment Pothier peut-il dire qu'il n'en coûte rien à ce créancier lorsqu'il le constitue le procureur du fidéjusseur, lorsqu'il lui commande une vigilance plus grande que pour ses propres affaires, lorsqu'il le punit, par la perte de son droit, de ce qu'il a usé de ce droit sans penser à conserver les intérêts du fidéjusseur !!!

Favre était bien mieux entré dans le fond des choses quand il faisait cette observation : *Atque noceret creditori remedium de quo agimus* (*cedendarum actionum*) *si, quoniam nullâ actione cedere posset*, SUAS QUOQUE AMITTERET (2).

537. D'où vient cette incohérence dans la doctrine d'un auteur ordinairement si clair et d'un esprit si juste ? Elle vient de ce qu'il a oublié les

---

(1) N° 519.

(2) *Conject.*, lib. XI, c. 15, n° 11.

changements introduits par Justinien dans la jurisprudence classique, et qu'il raisonne de la cession d'actions, telle que l'a laissée le droit de la novelle 4, comme on en aurait raisonné avant la naissance du bénéfice de discussion. L'anachronisme est grave, et Pothier aurait dû voir que si la cession d'actions n'était plus cette cession telle quelle d'autrefois, c'est qu'il y avait eu une cause qui avait modifié la raison première de son établissement. Et cette cause, c'est le bénéfice de discussion, lequel, en investissant le fidéjusseur du droit de dire au créancier : « Vous ne pouvez » me priver par votre fait d'une concession que la » loi m'a accordée, » oblige nécessairement le créancier à conserver l'intégrité de ses actions contre le débiteur.

Au surplus, Pothier n'est pas le seul auquel un pareil reproche peut être adressé. Beaucoup d'auteurs l'ont encouru, Doneau (1) par exemple ; ne faisant pas attention qu'en rattachant l'exception *cedendarum* à des motifs d'humanité (2), ils expliquent tout autre chose que la cession d'actions accompagnée de la responsabilité du créancier.

Néanmoins, d'autres jurisconsultes ne s'y sont pas trompés. Ils ont vu à merveille que, depuis l'introduction du bénéfice de discussion, le créancier a été soumis à l'obligation de ne rien faire qui altère la puissance et l'énergie de ses ac-

---

(1) Sur la loi 2, C., *De fidej.*, n° 2.

(2) « *Id fidejussori prodest et cedenti nihil nocet.* » (Doneau, *loc. cit.*)

tions ; et sous ce rapport ils ont très bien comparé le fidéjusseur simple au fidéjusseur *indemnitatis* (1) dont nous avons parlé *suprà* (2), lequel était fondé à rendre le créancier responsable d'avoir laissé perdre par sa faute les sûretés qui pouvaient procurer une discussion efficace des biens du débiteur (3).

Quoi qu'il en soit de ces explications diverses de l'effet de la cession d'actions, il est certain qu'au fond tous les auteurs étaient d'accord pour que le créancier ne se bornât pas à céder ses actions telles quelles (4). Il n'y a pas de point de jurisprudence mieux constaté et plus gé-

---

(1) Voët (*De fid.*, 38) : après avoir parlé du fidéjusseur *indemnitatis*, qui était celui qui cautionnait ce que le créancier ne pouvait retirer de la discussion des biens du débiteur et des gages par lui donnés, il dit que le créancier est responsable de sa négligence : « *Cùm verum sit, creditorem potuisse aliundè, » quàm à fidejussore indemnitatis, suum creditum salvum habere, » adeòque et si per negligentiam suam salvum non habet, tamen » perindè est, ac si salvum habuisset, dùm quod quis ex suâ » culpâ damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* » (L. 41, D., *hoc tit.*)

Puis il ajoute : « *Quod de fidejussore indemnitatis dictum, ad » alios simpliciter alienam obligationem suâ fide esse subditum,* » PRODUCENDUM QUOQUE ESSE VIDETUR, SI ILLI BENEFICIO ORDINIS » SEU EXCUSSIONIS HAUD RENUNTIAVERINT, *eò quòd post inductam » à Justiniano hanc ordinis exceptionem fidejussores... non alio » videntur loco habendi, quàm quo olim accepti in id quod à de- » bitore vel ex pignore acquiri non posset.* »

(2) Nos 224 et 231.

(3) Arg. de la l. 41, D., *De fidej.* Modest.

(4) Aux auteurs indiqués joignez Heringius, c. 27, no 13 ; Deluca (*De credito*, *disc.* 145, no 7).

néralement établi. Il est vrai que le président Favre avait tenté de l'ébranler (1) ; mais il n'avait pas fait attention que ses arguments, tirés des textes antérieurs à Justinien, étaient sans aucune valeur depuis l'introduction du bénéfice de discussion. D'ailleurs cette opinion était rejetée par les jurisconsultes pratiques dans le nombre des thèses d'école, et le cardinal Deluca reproche sévèrement à Favre cette tentative pour renverser des usages établis dans tous les tribunaux (2).

538. Le Code civil a marché sur les traces de cet ancien droit; il ne pouvait s'en séparer. Mais le Code ne dit pas ses motifs. Il ordonne et ne raisonne pas. C'est au bon sens de l'interprète à trouver la philosophie de la loi. Or, on ne peut pas dire que l'art. 2037 se soit inspiré des raisons de Pothier, comme on a souvent coutume de le répéter; car il est remarquable que Pothier n'a cherché à en donner aucune pour justifier l'abandon de la jurisprudence classique et la rigueur de l'obligation imposée au créancier par le droit nouveau. Il arrête constamment ses explications au bénéfice de cession tel que les anciens jurisconsultes de Rome l'avaient compris. Or, ces explications ne sont plus suffisantes, nous l'avons vu, pour remonter au principe des effets attribués par le droit nouveau à la cession d'actions. Au surplus, Pothier a touché ailleurs la raison fonda-

---

(1) *Conject.*, lib. XI, c. 15.
(2) *De credito, disc.* 145, nº 7.

mentale du point de droit qui nous occupe, et c'est son autorité même que nous pouvons invoquer.

Quant aux orateurs du gouvernement et du Tribunat qui se sont occupés de l'art. 2037 du C. c., il n'est pas possible de tirer de leurs discours la moindre lumière. Le tribun Chabot et le tribun Lehary se sont bornés à une paraphrase banale du texte, et M. Treilhard, en faisant découler l'article 2037 de l'obligation légale de subroger (1), n'a pas mis le doigt sur sa source la plus reculée ; car, de ce que la subrogation se fait, sous le C. c., par la puissance de la loi, il ne s'ensuit pas qu'elle doive produire des effets plus étendus que la subrogation nécessairement expresse de l'ancien droit. Or, avant l'introduction du bénéfice de discussion, la cession d'actions, par sa propre puissance, n'était accompagnée d'aucune obligation de conserver, imposée au créancier. Donc, elle ne devrait pas avoir sous le C. c. une plus grande vertu, si le bénéfice de discussion ne conduisait virtuellement à lui attribuer un supplément de force dont elle manquait auparavant.

539. C'est ce que reconnaît M. Dupret dans une savante dissertation sur le bénéfice *cedendarum actionum* (2); dissertation dont nous nous emparons ici, quoique nous ayons à la combattre tout à l'heure.

---

(1) Fenet, t. 15, p. 45.

(2) *Revue étrangère* de M. Fœlix, juin 1845 (t. 2, p. 401 et 505).

M. Dupret établit à merveille (1) (et cette vérité ne saurait être douteuse pour aucun de ceux qui ont étudié ce sujet historiquement) que l'art. 1251, qui accorde la subrogation légale dans les droits du créancier, ne conduit pas nécessairement à obliger ce créancier à conserver ses actions entières; il suffit qu'il ne les perde pas frauduleusement. L'art. 1251, par sa propre énergie, n'empêche pas le créancier d'user de son droit et de disposer de ce qui lui appartient. *Qui jure suo utitur neminem lædit.* Si l'art. 1251 n'avait pas un complément, il ne porterait pas dans sa formule cette conséquence grave : que le créancier ne remplit pas le vœu de la loi quand il cède les actions qu'il a, et qu'il faut encore qu'il cède celles qu'il avait *ab initio !!!* L'article 1251 n'a fait qu'accorder une cession légale qui dans l'ancien droit devait être formelle et expresse. Or, cette cession expresse et formelle n'aurait jamais pu conduire logiquement à la responsabilité qui pèse sur le créancier (l'ancien droit romain en est la preuve éclatante), si, à l'obligation de céder, n'était venue se joindre, par l'effet d'une grave innovation, l'obligation de conserver. Cette innovation, nous l'avons expliquée. C'est le bénéfice de discussion. M. Treilhard a partagé l'oubli de beaucoup d'autres; il est resté incomplet dans son exposé.

540. Ne nous abusons-nous pas cependant quand nous attribuons au bénéfice de discussion cette aggravation de l'obligation du créancier ?

---

(1) P. 519, n° 53, et *passim*.

Oui, si nous en croyons M. Dupret dans la dissertation remarquable que nous venons de citer. Suivant cet estimable et savant professeur, l'introduction du bénéfice de discussion n'a exercé aucune influence sur l'exception *cedendarum actionum* (1), et l'art. 2037 n'est nullement un corollaire de ce même bénéfice. Mais cette opinion, qui est aussi celle de M. Ponsot (2), ne nous paraît pas admissible.

541. Et d'abord nous accordons à M. Dupret qu'il n'y a pas dans les Pandectes un seul texte qui accorde au fidéjusseur l'exception *cedendarum*, lorsque, sans fraude, mais par son propre fait, il avait rendu la cession impossible. Ce silence des Pandectes, loin d'être une objection contre nous, est, au contraire, l'une des plus solides bases de notre opinion. Il prouve bien que l'exception *cedendarum*, telle qu'elle a été entendue après Justinien, ne provient pas des principes déposés dans la jurisprudence classique; qu'il a fallu un élément nouveau pour lui donner une plus grande portée; que, sans cet élément, elle ne l'aurait jamais acquise et serait restée sous l'influence de cette idée, savoir, que la subrogation dans les droits du créancier n'est autre chose qu'un bienfait qu'on ne saurait sans ingratitude retourner contre le créancier.

Quel est cet élément nouveau? Suivant moi, c'est la novelle 4, et la raison est ici d'accord avec l'histoire; car l'exception de discussion a néces-

(1) Nos 20, 22, 29, 49.

(2) P. 411.

sairement imposé au créancier le droit de conserver ses actions; et, dès lors, elle a ajouté à l'obligation de céder l'obligation de garder et surveiller la conservation de ses garanties.

542. Suivant M. Dupret, au contraire, il semble que la nouvelle manière de comprendre le bénéfice *cedendarum* n'ait été que le résultat d'une mauvaise intelligence des lois, et une extension arbitraire des interprètes (1). On a appliqué aux fidéjusseurs (Voët en offre un exemple) (2) la loi 95, § 11, D., *De solut.*, qui ne concerne que le *mandatum pecuniæ credendæ* (3) !!

Mais d'abord, entre deux opinions dont l'une trouve à la loi une origine réfléchie, et dont l'autre lui donne pour base une méprise, je pense qu'il n'y a pas à hésiter. Sans croire à l'infaillibilité du législateur, j'aime mieux supposer qu'il s'est laissé conduire par la raison.

Et puis, où donc est l'erreur reprochée à Voët et autres interprètes par M. Dupret, et qui consisterait à avoir donné pour règle de la position du fidéjusseur la loi 95, § 11, D., *De solut.*, qui n'a été faite que pour les *mandatores pecuniæ credendæ?* Sans doute, au point de vue du droit des Pandectes, la confusion serait inexcusable (4); mais, depuis l'introduction du bénéfice de discussion, le fidéjusseur, plus protégé, mieux garanti, a pu argumenter de

---

(1) N° 25.
(2) *De fidej.*, n° 28.
(3) *Id.*, n°s 15, 25, 30, 39, n 4.
(4) *Suprà*, n° 532.

la loi 95, § 11, parce que sa position a été rapprochée de celle du *mandator pecuniæ credendæ !!*

543. Maintenant, voyons par quelles raisons M. Dupret refuse à l'exception de discussion l'influence que nous lui attribuons sur le bénéfice *cedendarum*.

L'exception de discussion, dit-il, n'est qu'une grâce accordée au fidéjusseur. Basée sur la règle *Quod tibi non nocet et alteri prodest*, etc. (1), elle ne doit pas être le prétexte d'un dommage pour le créancier. On ne peut donc pas en tirer la conséquence que le créancier est responsable des renonciations, abandons, remises qu'il a faits de bonne foi en usant de son droit.

544. Que le bénéfice de discussion soit le résultat d'une faveur accordée au fidéjusseur contre la rigueur du droit, c'est ce que nous avons enseigné nous-même ci-dessus (2), et ce que nous ratifions ici sans restriction. Mais il n'en est pas moins vrai que cette faveur, conseillée et excusée peut-être par la pitié dont est digne celui qui est recherché pour les dettes d'autrui, a modéré et limité le droit du créancier (3). Ne disons pas que lorsqu'on exige du créancier qu'il discute préalablement les biens du débiteur, on ne fait que lui demander une chose utile pour le fidéjusseur sans avoir rien de dommageable pour lui ; car on lui impose l'obligation gênante de souffrir un retard dans le recouvrement

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 113.
(2) Nos 224, 230, 231, et n° 23.
(3) *Suprà*, n° 225.

de son dû. De plus, on met des entraves à ses affaires (1), et l'article 2024 est témoin de quelle responsabilité il est chargé s'il laisse tomber par sa faute le débiteur dans l'insolvabilité (2). Ce serait donc une grande erreur que d'assimiler l'obligation de discuter le débiteur à l'obligation de céder au fidéjusseur les obligations, telles quelles, de l'ancien droit romain. Dans ce dernier cas, il était vrai de dire que l'on ne faisait que demander au créancier une chose utile au fidéjusseur sans avoir rien de dommageable pour lui. Mais il en est tout autrement de l'obligation de discuter le débiteur, obligation qui prive le créancier d'un droit acquis, qui paralyse le mouvement de ses affaires et la rentrée de ses fonds, et engage sa responsabilité. M. Dupret n'est donc pas dans le vrai quand il applique au bénéfice de discussion la maxime *Quod tibi non nocet*, etc. Il est certain, au contraire, que la discussion du débiteur a été considérée de tout temps comme une dérogation à la convention, comme une entrave à la célérité des négociations, comme une gêne pour le crédit, comme une rigueur dommageable pour le créancier. Et c'est à ce titre que ce bénéfice a été proscrit des relations commerciales (3); c'est à ce titre qu'on a toujours accueilli avec faveur les renonciations du fidéjusseur à ce privilége gênant; c'est à ce titre

---

(1) *Suprà*, n° 271.
(2) *Suprà*, n° 277.
(3) *Suprà*, n° 233.

que la loi en a fait une exception dilatoire qu'on est censé avoir répudiée si l'on n'en use pas *in limine litis*.

Nous ne lui appliquerons donc pas les raisonnements par lesquels nous avons essayé, au n° 536, de montrer l'insuffisance des explications de Pothier sur la base de la cession d'actions. M. Dupret, en essayant de les étendre au bénéfice de discussion, méconnaît le caractère de cette exception, dont il est impossible de dire : *Quod tibi non nocet*, etc.; car elle est toujours une obligation pesante pour le créancier.

545. Rappelons, en effet, l'article 2024 que nous venons de toucher. Comment, en présence de cet article, serait-il possible de soutenir que l'exception de discussion *ne nuit pas grandement aux intérêts du créancier, et que tout ce qui en peut résulter de plus fâcheux, ce n'est qu'un léger retard* (1) ?

Comment ! voilà le créancier qui, contre toutes les règles défendues par Pothier et autres (2), va devenir responsable, dans certains cas, de l'insolvabilité du débiteur, que l'on renvoie à discuter ; et on prétendrait que l'exception de discussion n'est que l'application sans conséquence de la règle *Quod tibi non nocet !*

546. Eh bien ! cette gêne n'est pas la seule. Non-seulement le créancier est responsable de l'insolvabilité du débiteur survenue, par sa faute, depuis qu'il a été requis de discuter le débiteur et que les fonds nécessaires pour la discussion ont été avancés

(1) M. Dupret, n° 20.
(2) *Suprà*, n°s 276, 277.

ou consignés par le fidéjusseur; mais il est encore responsable de l'impossibilité où il s'est mis de discuter le débiteur par des abandons, renonciations et remises antérieurs à la réquisition de discussion. Car il serait absurde (je me sers des expressions de Favre) (1) de vouloir que le fait du créancier privât le fidéjusseur du bénéfice de la loi. Aussi avons-nous vu, par la comparaison de la loi 22, D., *De pactis*, avec la novelle 4, que le bénéfice de discussion a eu pour effet nécessaire de renverser tous ces pactes par lesquels le créancier renonçait à ses garanties ou à ses actions contre le débiteur; pactes que l'ancien droit respectait (2), mais dont Cujas, Favre et Pothier ont montré l'incompatibilité avec le bénéfice de discussion (3).

Sans doute, nous ne dirons pas que le simple fait de l'insolvabilité du débiteur, survenue avant la réquisition de discussion, peut servir d'objection au fidéjusseur aussi bien que lorsqu'elle est survenue après la réquisition de discussion et l'avance des frais. Une telle rigueur n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi, et nous verrons plus bas qu'il ne faut pas confondre la simple insolvabilité du débiteur, arrivant à la suite de ménagements gardés par le créancier, avec la perte de garanties formelles occasionnée par sa faute, par son fait, sa volonté (4). Ce que nous soutenons ici, c'est que le

(1) *Suprà*, n° 533.
(2) *Suprà*, n° 528.
(3) N° 533, *suprà*.
(4) *Infrà*, n° 569.

créancier n'a pas besoin d'être requis de discuter les biens du débiteur pour être responsable de l'impossibilité où il s'est mis de faire une discussion utile par ses renonciations ou par son fait. S'il a des hypothèques, des inscriptions, des garanties, il doit garder et conserver tout cela ; il ne peut y renoncer au préjudice du fidéjusseur sans lui enlever les avantages d'une discussion qui est sa sauvegarde, et sans heurter, par conséquent, la volonté du législateur.

547. C'est ce qu'a très bien aperçu Voët lorsque, depuis le rétablissement du bénéfice de discussion, il compare le fidéjusseur simple au fidéjusseur *indemnitatis*. L'obligation de discuter le débiteur, imposée au créancier, a nécessairement conduit l'esprit logique et judicieux de cet auteur à conclure que, lors même que le fidéjusseur est une caution pure et simple, le créancier ne peut pas plus lui enlever le bénéfice de la loi qu'il ne peut lui enlever le bénéfice de la convention lorsque le cautionnement est celui d'un fidéjusseur *indemnitatis*.

M. Dupret croit réfuter Voët avec avantage en établissant que le fidéjusseur pur et simple diffère beaucoup du fidéjusseur *indemnitatis* (1). Rien n'est plus vrai, et j'ai moi-même insisté ailleurs (2) sur les différences capitales qui existent entre le cautionnement pur et simple et le cautionnement *indemnitatis*. Le cautionnement est un contrat non conditionnel, le cautionnement *indemnitatis* est

(1) N° 21.

(2) *Suprà*, n°s 224, 231.

conditionnel (1); et comme l'obligation de discuter le débiteur, alors qu'elle est imposée par forme de condition suspensive, *sine quâ non*, et substantielle, est plus étroite que lorsque le fidéjusseur n'en a pas fait l'objet d'une stipulation aussi énergique, s'en rapportant aux prévisions de la loi, se réservant la faculté d'en user ou de n'en user pas, il s'ensuit que le créancier est tenu, dans le premier cas, d'une diligence plus grande que dans le second. Aussi verrons-nous tout-à-l'heure que lorsque le fidéjusseur n'est qu'un fidéjusseur *indemnitatis*, le créancier doit tellement veiller sur le débiteur qu'il répond de son insolvabilité si, par trop de lenteur à le poursuivre, il a attendu qu'il dissipât ses ressources et ses moyens de payer (2); tandis qu'il n'en saurait être ainsi toutes les fois que le fidéjusseur s'est obligé purement et simplement (3). Mais de ce que l'obligation de discuter, stipulée par forme de condition suspensive, assujétit le créancier à des devoirs très rigoureux auxquels ne conduit pas le simple bénéfice de discussion, il ne serait pas rationnel de conclure que ce bénéfice laisse le créancier libre de faire ce qu'il veut des garanties sur lesquelles il peut, en premier ordre, assurer son paiement. Le bon sens indique que la faculté du créancier d'user de son droit est sur-le-

---

(1) *Suprà*, n° 23.
Vinnius, *Quæst. elect.*, 2, 42.
(2) *Infrà*, n°s 558 et 559.
(3) *Infrà*, n°s 568, 569.
Vinnius, *Q. selectæ*, 2, 42.

champ limitée par le droit du fidéjusseur de n'être pas privé du bénéfice de discussion par le fait de ce même créancier.

548. La preuve en est (je ne saurais trop le répéter) dans la conciliation de la loi 22, D., *De pactis*, avec la novelle 4. M. Dupret ne veut pas cependant qu'on y trouve cette démonstration, et voici comment se traduit son argumentation :

Lorsque, dans l'ancien droit romain, le créancier avait promis au débiteur de ne pas l'inquiéter et de concentrer ses poursuites sur le fidéjusseur, ce dernier ne pouvait sans aucun doute se prévaloir de ce pacte, tout personnel au débiteur. Mais, par un moyen détourné, il ne lui était cependant pas impossible d'en recueillir le bénéfice; il pouvait appeler en cause le débiteur principal afin que celui-ci proposât lui-même l'exception (1). C'est ce qu'enseigne Voët (2).

Plus tard, Justinien a établi ou rétabli le bénéfice de discussion. Qu'est-il arrivé? que le fidéjusseur a pu argumenter de cette innovation pour opposer l'exception *cedendarum*? Pas du tout. Le fidéjusseur, à qui le pacte *de non petendo* ne profitait ni ne nuisait, a été fondé à dire au créancier : *Discutez le débiteur principal avant de venir jusqu'à moi*; et alors, le créancier s'est trouvé acculé dans une impasse, ne pouvant pas agir contre le fidéjusseur à cause de l'exception *ordinis*, ne pouvant pas agir

(1) L'exception née du pacte.

(2) *Ad Pand.*, *De pactis* (liv. 2, t. 14, n° 14). Mais ce n'est pas tout-à-fait ce que dit Voët.

contre le débiteur à cause du pacte *de non petendo* (1).

Voici ma réponse :

D'abord, il ne faut pas perdre de vue la thèse qui nous occupe depuis le n° 543, savoir, que le bénéfice de discussion n'est pas une simple grâce dont le droit du créancier ne doit jamais souffrir, ainsi que M. Dupret l'a avancé. Or, il suffit d'un instant de réflexion pour apercevoir que les observations de M. Dupret sur la loi 22, D., *De pactis*, combinée avec la novelle, sont la meilleure démonstration de la restriction marquée que le bénéfice de discussion a fait subir au droit du créancier.

Je veux cependant faire un petit amendement à son commentaire, et cela pour l'honneur des textes plutôt que pour le besoin de ma réfutation. Il dit que le fidéjusseur aurait appelé le débiteur pour qu'il opposât lui-même l'exception. Mais, en supposant que le fidéjusseur poursuivi aurait eu le temps et le droit d'exiger que le débiteur principal fût mis en cause pour opposer lui-même l'exception née du pacte *de non petendo*, il est clair que ce pacte n'aurait pas eu la moindre influence sur le débat. En effet, le créancier a une action contre le fidéjusseur ; il se l'est réservée par le pacte *de non petendo*. Il reste dans son droit en poursuivant le fidéjusseur, et il faut dire avec Cujas : *Itaquè rectè petet creditor à fidejussore, quamvis à reo petere non possit* (2). Comment, en effet, cet état des choses

(1) N° 24.

(2) Sur la loi 22, D., *De pactis*.

pourrait-il changer par la mise en cause du débiteur et par son exception? A ce dernier le créancier répondrait : « Que vous ai-je promis? de ne » vous rien demander? Aussi ne vous demande-» je rien! C'est votre fidéjusseur que je poursuis, » et je m'en suis réservé le droit par ce pacte que » vous m'opposez. Vous n'avez donc pas à exciper, » dans ce débat, de notre convention; vous n'y » pouvez intervenir que comme tenu, à l'égard de » votre fidéjusseur, par les obligations du man-» dat. »

Ce langage serait irrésistible. Aussi Voët, cité par M. Dupret, n'a-t-il rien enseigné qui le contrarie. Tout ce que dit Voët, c'est que le débiteur aurait pu être forcé de prendre la défense du fidéjusseur en sa qualité de mandant (1). Mais ceci ne regarde pas le créancier. Que le débiteur intervienne pour payer à la place du fidéjusseur, peu importe au créancier qui n'en aura pas moins procédé régulièrement et obtenu les fins de sa demande. Et, loin que le fidéjusseur et le débiteur puissent tirer quelque exception contre lui du pacte *de non petendo*, c'est le débiteur au contraire qui, par son intervention à titre de mandant du fidéjusseur, par son offre de prendre son fait et cause, renonce à son exception. En un mot, le fidéjusseur a été bien poursuivi; il ne se sauve que par le recours de l'action *mandati contraria* qu'il n'a jamais été dans la pensée de personne de lui enlever.

---

(1) L. 10, § pénult., D., *Mandati*.

Ainsi donc, d'après l'ancien droit, la poursuite du créancier contre le fidéjusseur ne peut être arrêtée par aucun moyen direct ou indirect tiré du pacte *de non petendo.* Voët, loin de me contredire, ne fait que confirmer ce que je dis ici.

Arrive, avec Justinien, le bénéfice de discussion. Dès ce moment, les choses changent, et le fidéjusseur, en opposant cette exception, en mettant le créancier dans cette impasse dont parle très bien M. Dupret, l'avertit, par la rude épreuve de la perte de son droit, qu'il ne lui est plus permis d'en user comme par le passé, en maître absolu qui se retranche dans la maxime : *Nemo damnum dat qui jure suo utitur.*

549. Il est donc établi par ces développements, il est démontré par les textes et par la raison, que le bénéfice de discussion n'est pas une de ces faveurs sans conséquence fondée sur cette règle de morale : *Quod tibi non nocet et alteri prodest* (1), etc. Il est clair pour tous que cette innovation de Justinien a limité le droit du créancier dans la juste mesure nécessaire pour ne pas nuire au droit du fidéjusseur.

550. Ceci étant constant, il n'y a qu'un pas à faire pour arriver à cette autre vérité qui découle de celle-là, savoir, que la cession d'actions, qui dans l'ancien droit était satisfactoire, quand même elle ne transmettait au fidéjusseur que des actions telles quelles (2), a dû être désormais une cession

---

(1) *Suprà*, n° 533.

(2) Favre sur la loi 22, D., *De pactis.*

d'actions non amoindries par le fait du créancier. Nous ne répéterons pas ici les raisonnements que nous avons présentés ci-dessus pour faire toucher au doigt cet enchaînement (1). L'évidence n'a pas besoin d'arguments géminés.

Au surplus, on n'a qu'à parcourir les interprètes qui se sont occupés de la loi 22, D., *De pactis*. Tous ont senti que cette décision d'Ulpien engageait tout de suite la question de l'étendue de la cession d'actions. Prenons Favre, par exemple (2). Après avoir exposé le sens de la loi 22, il ne tarde pas à se demander, comme l'avait fait Cujas, si le fidéjusseur actionné par le créancier ne pourra pas trouver un refuge dans la cession d'actions; et, comme Cujas, il répond négativement, parce qu'alors la cession d'actions devait être une cession telle quelle. La question de la cession d'actions est donc inhérente à ce sujet; elle en est inséparable. Et comme l'introduction du bénéfice de discussion a obligé le créancier à conserver intactes les actions propres à opérer cette discussion, il s'ensuit que la novelle 4 a permis au fidéjusseur actionné de dire au créancier : « Je veux bien ne pas » vous renvoyer à la discussion des biens du débi- » teur; je vais vous payer, mais à la condition que » vous me céderez vos actions, non pas vos actions » telles quelles, mais vos actions telles que le bé- » néfice de discussion vous oblige à les conserver. » Ne le voulez-vous pas? Eh bien! discutez le dé-

(1) N° 533.

(2) Sans compter Pothier, *Oblig.*, n° 381.

» biteur, et, quand vous reviendrez me trouver
» après une discussion que vous avez rendue in-
» fructueuse, je ferai admettre les reproches que
» vous méritez pour la perte de vos actions et dont
» vous ne voulez pas tenir compte aujourd'hui. »

Et par-là le créancier se trouverait encore dans cette impasse signalée par M. Dupret, impasse dans laquelle il retombe toujours s'il compromet par sa faute des sûretés qui font aussi la sûreté du fidéjusseur.

551. Tout ceci explique pourquoi notre article a érigé en obligation de droit civil ce que Pothier a eu le tort de signaler comme un simple devoir d'équité naturelle. Notre article ne repose pas sur des méprises; il a sa racine dans la force des choses et dans la raison. Ce n'est pas sans de graves motifs qu'il a donné à la cession d'actions une étendue qu'elle n'avait pas dans l'ancien droit romain. L'introduction du bénéfice de discussion conduisait le législateur droit à cette extension; après avoir consacré le principe, il n'a fait que déduire la conséquence.

552. Ceci posé, il nous reste à examiner à quelles personnes l'art. 2037 est applicable, et dans quels cas le créancier a encouru la responsabilité portée par cet article. Le premier de ces points n'est pas sans embarras dans la jurisprudence. Mais ces embarras ne sont sérieux que pour ceux qui, prenant l'art. 2037 comme texte écrit, sans remonter à sa source, ne se font pas des idées justes sur le principe qui lui sert de base. Il n'y a pas de plus dangereuse méthode d'interprétation que celle qui

se contente de la lettre sans l'animer par un principe supérieur. C'est pervertir un code, c'est lui enlever son esprit vivifiant, c'est abaisser à la fois et la loi et la jurisprudence. J'ajoute que c'est se préparer des difficultés pratiques insurmontables, quoique, au premier coup d'œil, rien ne semble plus commode et plus simple que cette soumission au texte matériel. Tandis que d'autres errent à l'aventure sur notre question, n'ayant ni guide ni boussole ; ceux qui, comme nous, ont puisé dans la lecture des maîtres une doctrine raisonnée, arrivent sans peine aux résultats les plus simples, les plus homogènes, les plus satisfaisants.

553. Une première question se présente :

Lorsqu'il y a deux fidéjusseurs et que le créancier en a déchargé un, le fidéjusseur poursuivi peut-il objecter que, ne pouvant avoir de recours contre son co-obligé, il doit être déchargé ?

Aujourd'hui, cette question n'est plus proposable ; notre article la résout dans le sens du fidéjusseur. Je n'en parle ici que parce qu'elle était controversée dans l'ancien droit, où, dans l'absence de disposition législative, on cherchait parmi les textes du droit romain des autorités et des arguments.

Or, rappelons-nous le passage de Julianus que nous avons cité *suprà*, n° 529, et dans lequel ce jurisconsulte décide que le créancier qui a fait remise à l'un n'est empêché d'agir contre l'autre par aucune exception. Par exemple, Primus et Secundus ont cautionné un débiteur pour la somme de

20 (*in viginti*) (1). Le créancier donne décharge à Primus, puis il actionne Secundus. Secundus doit payer et il ne peut trouver aucun secours dans la convention par suite de laquelle le créancier ne peut lui céder ses actions contre Primus.

Cette loi s'explique facilement par l'état où se trouvait la jurisprudence romaine à l'époque de Julianus. Alors le bénéfice de discussion n'avait pas été introduit. Le fidéjusseur ne pouvait exiger que la cession telle quelle des actions du créancier; et, lorsque le créancier n'en avait pas à céder, le fidéjusseur n'avait rien à exiger, encore bien que ce fût par son propre fait que le créancier eût rendu cette cession impossible, pourvu toutefois qu'il fût exempt de fraude.

Mais, faute de faire cette réflexion, les interprètes crurent trouver une grave objection à cette solution de Julianus dans la loi 95, § 11, D., *De solut.*, tirée des écrits de Papinien, et dont nous avons fait connaître, au numéro 532, le véritable esprit. Accurse, troublé par ce rapprochement, s'étonnait de voir le créancier repoussé dans le cas de la loi 95, § 11, D., *De solut.*, et protégé dans celui de la loi 15, § 1, D., *De fidej.*, cas qui lui semblaient identiques; et il se livrait à des explications que Cujas appelle *varia*, *incerta et improbabilia* (2).

554. Cujas lui-même, qui alors n'avait pas réfléchi avec assez de maturité à la diversité des

---

(1) Et Cujas remarque qu'ils sont cautions *ejusdem pecuniæ*.

(2) Sur la loi 15, § 1, D., *De fidej.*

Dans son com. du livre 51 des Dig. de Julianus.

espèces de ces deux lois, n'était pas plus heureux dans sa conciliation. Veut-on savoir, disait-il, pourquoi Papinien traite le créancier avec tant de sévérité? c'est parce que ce créancier a commis une faute : *Vitio creditoris acciderit, ut cedere mandatori non possit actionibus suis apud debitorem principalem.* Au contraire, dans l'hypothèse que Julianus s'est faite, le créancier n'est pas en faute; il a voulu être libéral envers Primus; il l'a pu. Rien ne l'obligeait à l'être envers Secundus. Sa libéralité n'est pas une faute. *Liberalitas vel affectio propensior in unum, quàm in alterum, nemini vitio verti debet. Liberalitas non est vitium et culpa.*

Dans son commentaire sur Papinien, Cujas revient une seconde fois sur la conciliation de la loi 95, § 11, D., *De solut.*, avec la loi 15, § *ult.*, D., *De fidejussorib.* (1), et là, il insiste sur des raisons nouvelles qui pourraient lui mériter le reproche qu'il adressait à Accurse (2).

555. Mais hâtons-nous de faire une remarque importante. Les deux ouvrages dans lesquels nous voyons Cujas tâtonner et se contredire ont été publiés après sa mort. Ils ne contiennent pas son dernier mot. Sa véritable pensée, celle dont il répond envers le public à qui il l'a donnée pour bonne, se trouve dans son commentaire de la loi 22, D., *De pactis*, édité de son vivant et par ses soins (3). Là, Cujas fait une réflexion profonde,

(1) Lib. 28 *Quæst. Papin.*

(2) Ces raisons sont reproduites et approuvées par Ferrière (sur Paris, art. 108, § 4, n°s 43, 44).

(3) Com. sur le Digeste.

décisive, et à laquelle il n'était pas encore parvenu dans son commentaire de Julianus et de Papinien : c'est que, dans tout le droit romain antérieur à Justinien, on ne trouve pas un seul texte qui oblige le créancier à céder au fidéjusseur autre chose que ses actions telles quelles ; c'est que la loi 95, § 11, D., *De solution.*, qui exige une cession plus ample et plus utile, est faite pour le cas d'un mandat *pecuniæ credendæ*, cas bien différent du cas d'un cautionnement; c'est que par conséquent il n'y a pas à argumenter d'une loi à l'autre (1). Voilà un de ces traits de lumière qui dissipent toutes les ténèbres ; voilà où se reconnaît le génie du grand jurisconsulte.

556. Ainsi, il faut écarter tous les textes du droit romain ; la saine critique ne permet plus qu'on s'en préoccupe; ils sont modifiés par l'introduction du bénéfice de discussion, dont l'effet a été d'obliger le créancier à une cession d'actions pareille à celle que Papinien exigeait dans l'espèce de la loi 95, § 11, D., *De solut.* Le fidéjusseur a donc été fondé à dire au créancier : Cédez-moi vos actions non-seulement contre le débiteur, mais encore contre mes cofidéjusseurs; sinon, je vous fais déclarer non recevable jusqu'à concurrence du tort que vous m'avez fait par l'abandon de votre droit contre mes co-obligés.

Au reste, telle était l'opinion dominante dans l'ancien droit (2). Le Code n'a pu s'empêcher de la

---

(1) *Suprà*, n° 522.

(2) Pothier, *Oblig.*, nos 557 et 617.
Basnage, *Hyp.*, part. 2, ch. 16.

consacrer; elle ne fait aucun doute aujourd'hui.

557. Mais le fidéjusseur solidaire peut-il invoquer, aussi bien que le fidéjusseur simple, le bénéfice de l'art. 2037? On a beaucoup disserté et disputé sur cette question.

Pour l'application de l'art. 2037, on peut citer MM. Zachariæ (1), Ponsot (2), Duranton (3), et différents arrêts de Bordeaux (4), Pau (5), Caen (6), Agen (7), Toulouse (8), et surtout de la Cour de cassation (9). La Cour régulatrice a fréquemment manifesté son opinion; ses arrêts sont ponctuels et tranchants; ils s'attachent à l'art. 2037; ils en prennent les termes à la lettre et de la manière la plus générale. En sorte que s'il fallait s'arrêter, sans distinction, à cette jurisprudence, on devrait

---

(1) T. 3, p. 166, et note (4).

(2) N° 529.

(3) N° 382, t. 18.

(4) 19 août 1822 (Sir., 23, 2, 1, 133)
(Devill., 7, 2, 115).
Dalloz, v° *Caution*, p. 413.

(5) 3 janvier 1824 (S., 26, 2, 57)
(Devill., 7, 2, 284).

(6) 18 mars 1828 (Devill., 9, 2, 56).
(Sir., 28, 2, 121).
Il s'agissait d'une lettre de change.

(7) 9 juillet 1842.

(8) 19 mars 1842.

(9) 17 août 1836 (Sir., 36, 1, 632; 38, 1, 550).
29 mai 1838.
14 juin 1841.
20 mars 1843.
14 juin 1841 (Dev., 41, 1, 465).
20 mars 1843 (D., 43, 1, 455).

écarter toute distinction et appliquer l'art. 2037 même aux matières de commerce !!

558. Rappelons, en effet, l'arrêt de la chambre civile du 14 juin 1841, qui, sur les conclusions contraires de M. l'avocat général Laplagne-Barris, prononce la cassation d'un arrêt de la Cour royale de Bourges par ce simple considérant :

« Attendu que la loi *n'établit aucune distinction* » entre la caution simple et la caution solidaire, et » qu'elle porte, etc., etc. »

Quelle que soit l'opinion que l'on prenne au fond sur cette question (j'expliquerai tout-à-l'heure la mienne), je ne puis m'empêcher de dire, dès à présent, que ces raisons de texte si crues et si matérielles sont désespérantes. Si la loi devait toujours être interprétée de cette façon machinale, il y aurait autant d'inconvénients que d'avantages dans les codes écrits. La jurisprudence ne serait plus un art ; autant vaudrait faire comme nos simples et grossiers aïeux qui, pour terminer leurs différends, choisissaient pour leur juge le premier passant qui se présentait à eux sur la voie publique. Un point de droit n'est solidement établi dans la science qu'autant que la lettre d'un article est d'accord avec l'esprit de la loi. Citer le texte seul, sèchement et judaïquement, c'est prendre la moitié la moins décisive de l'autorité légale, et négliger la meilleure.

L'arrêt de la chambre des requêtes du 20 mars 1843, rendu dans le même sens, est mieux motivé; il s'appuie du moins sur quelques raisons. Nous

verrons bientôt si ces raisons remontent jusqu'aux principes.

559. A côté de ces arrêts favorables au fidéjusseur solidaire, n'oublions pas de rapporter les arrêts qui ont jugé que l'art. 2037 perd son application lorsque le cautionnement est donné solidairement. Plusieurs sont émanés de différentes cours royales : Limoges (1), Rennes (2), Rouen (3), Bourges (4), Colmar (5), Agen (6) et Bruxelles (7).

Je les fortifie par l'opinion de Casaregis, toujours si grave en matière de commerce.

Le duc de Massa avait souscrit au profit de Côme del Sera une lettre de change de 5,500 pièces, acceptée à découvert par Antoine Suard. Quand del Sera se présenta pour être payé, Suard lui opposa l'exception *cedendarum actionum*. Il soutint qu'il n'était qu'un simple fidéjusseur à qui cette exception ne pouvait être refusée. Que décida le tribunal dont Casaregis faisait partie ? Que lors

---

(1) D. 35, 2, 177 (21 mai 1835).
Dev., 35, 2, 455.
(2) Dalloz, v° *Caution*, p. 414.
19 mars 1811 (Palais).
(3) 7 mars 1818 (Dev., 3, 2, 362)
(Sir., 19, 2, 72).
Dalloz, *Caution*, p. 414.
(4) 6 juillet 1837.
(5) 16 juin 1821.
Dal., *Caution*, p. 416.
(6) 10 juillet 1837 (Devill., 39, 2, 291).
(7) 13 nov. 1818 (Dal., *Caution*, p. 416).

même qu'on voudrait considérer Suard comme un fidéjusseur solidaire, cette exception n'était pas admissible, et, entre autres raisons, parce que celui qui accepte une lettre de change ne saurait opposer l'exception *cedendarum actionum*, qui, en droit, a moins de poids que beaucoup d'autres exceptions plus favorables. *Et sic eò minùs exceptio cedendarum, quæ in jure est minoris ponderis* (1).

Ainsi, Casaregis entend positivement que, dans les matières où existe la solidarité, le fidéjusseur doit se contenter des actions telles quelles qui lui sont cédées, et qu'il n'est pas fondé à exiger de la part du créancier la conservation des actions qui compètent à ce dernier.

560. De ces deux jurisprudences, quelle est la meilleure? A mon avis, c'est la seconde, et je ne conçois même pas que la première ait trouvé des partisans. Le fidéjusseur solidaire a-t-il, oui ou non, le bénéfice de discussion? Et s'il ne l'a pas, comment peut-on s'imaginer qu'il peut se prévaloir de la disposition de l'art. 2037, fondée tout entière sur le droit que le bénéfice de discussion donne au fidéjusseur?

C'est ce que faisait très bien observer la Cour de Colmar dans l'arrêt que je viens de rapporter au n° 559. Aucun des arrêts contraires ne répond à cet argument. Tous paraissent même ignorer que le bénéfice de discussion est le principe générateur de l'extension qu'a reçue l'exception *cedendarum*

(1) *Disc.* 151, n° 18, *in fine.*

actionum dans la jurisprudence postérieure à Justinien. Quelle peut donc être la valeur scientifique de pareilles décisions ?

Un auteur d'une opinion opposée à la nôtre a cependant aperçu ce point de la difficulté (1). Il croit le trancher en sa faveur en posant comme règle que la déchéance prononcée contre le créancier qui, par son fait, s'est mis hors d'état de céder ses actions, est le corollaire de la subrogation légale. Il n'y a pas d'idée plus fausse. La subrogation légale n'est que l'exception *cedendarum* donnée de plein droit au fidéjusseur. Or, l'exception *cedendarum actionum* existait du temps d'Ulpien, de Julianus et de Paul; et l'on a vu que, réduite à elle-même, elle ne conduisait logiquement et rationnellement qu'à obliger le créancier à céder ses actions telles quelles. Pour l'obliger à quelque chose de plus, il a fallu l'introduction du bénéfice de discussion.

C'est pourquoi on éprouve une véritable surprise lorsqu'on lit dans l'arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 20 mars 1843 que la solidarité n'est pas une aussi grave circonstance qu'on pourrait se l'imaginer, attendu que la caution, même solidaire, n'en est pas moins caution, qu'elle n'est pas débitrice directe, *qu'elle est seulement privée du bénéfice de discussion.* Eh oui ! elle est seulement privée du bénéfice de discussion; mais il n'en faut pas davantage pour lui enlever, par voie de consé-

---

(1) M. Ponsot, n° 529.

quence, le bénéfice de l'art. 2037. C'est précisément parce que le bénéfice de discussion lui manque, c'est par cet unique motif, qu'il ne faut pas le faire jouir d'une disposition qui est la conséquence du bénéfice de discussion!!

L'arrêt ajoute que l'art. 2037 est général, et qu'il ne distingue pas. De tels arguments ne valent rien quand la raison fondamentale de la loi oblige à distinguer.

Enfin, l'arrêt se retranche dans le grand principe que l'on ne peut porter préjudice à autrui, principe dont il voit dans l'art. 2037 du C. c. une application conseillée par l'équité. Mais ce n'est là qu'une pétition de principe, et ce considérant, à travers un faux semblant de profondeur et d'équité, ne fait autre chose que juger la question par la question. Le créancier, en effet, ne porte préjudice au fidéjusseur que s'il est obligé de lui conserver ses actions. Mais s'il n'est pas obligé de les conserver, s'il peut en disposer en maître absolu, de quoi se plaindrait le fidéjusseur? *Nemo damnum dat qui jure suo utitur.* Or, l'équité, à elle seule, nous l'avons prouvé (1), ne fait pas peser sur le créancier l'obligation de transmettre ses actions intactes au fidéjusseur. Elle ne demande à son humanité qu'une cession telle quelle, une cession utile pour le fidéjusseur, sans pouvoir jamais être dommageable pour le créancier. *Quod tibi non nocet,* etc., etc. Ce n'est que lorsque le fidéjusseur

(1) N° 536.

est investi par la loi du bénéfice de discussion, qu'alors le créancier est tenu à quelque chose de plus. Mais lorsque le fidéjusseur n'a pas le bénéfice de discussion, il en est autrement. Cette équité dont on parle n'assujétit le créancier qu'à un de ces actes de bienfaisance qu'on ne refuse pas à autrui parce qu'on n'en éprouve pas pour soi-même de préjudice.

A la vérité, le créancier serait répréhensible s'il amoindrissait son droit par esprit de fraude ou de malveillance. Mais toutes les fois qu'il agit de bonne foi (la bonne foi se suppose toujours), il use de son droit de créancier ; il fait ce qu'il est libre de faire, et nul n'est fondé à se plaindre de l'exercice qu'il fait d'une faculté légitime.

561. Nous ne sommes pas plus embarrassés sur la question de savoir si l'art. 2037 peut s'étendre à celui qui, sans être obligé personnellement comme caution, n'a fait qu'hypothéquer ses biens pour la sûreté de l'engagement du débiteur. Deux arrêts de la Cour de cassation, des 25 novembre 1812 (1) et 10 août 1814 (2), sont cités pour la négative. J'approuve ces arrêts. D'abord, en fait, la convention portait que les actes conservatoires, que l'on reprochait au créancier de n'avoir pas faits, seraient à la charge de celui qui avait hypothéqué son immeuble !! De plus, en droit, l'hypothèque était spéciale, et l'on sait qu'en pareil cas l'arti-

(1) Devill., 4, 1, 221.
(2) Sir., 15, 1, 242.
Devill., 4, 1, 603.

cle 2171 du C. c. refuse l'exception de discussion au tiers détenteur (1).

Ma raison prépondérante n'est donc pas dans le silence de l'article 2037. Si le tiers possesseur de la chose hypothéquée avait le bénéfice de discussion, je n'aurais pas besoin de l'article 2037 pour lui en appliquer la disposition. J'y serais conduit par la force des choses. Tout le droit n'est pas dans des formules. Mais celui qui a hypothéqué sa chose spécialement ne peut opposer le bénéfice de discussion au créancier. Il ne m'en faut pas davantage pour écarter l'article 2037.

562. Ceci nous conduit à fixer la situation du tiers détenteur qui possède des biens hypothéqués. Cette situation dépend de la question de savoir si le créancier a sur l'immeuble une hypothèque spéciale, ou bien s'il a une hypothèque générale. S'il n'a qu'une hypothèque spéciale, le tiers détenteur, ne pouvant lui opposer l'exception de discussion, ne pourra, par voie de conséquence, lui opposer l'article 2037. Il ne le pourra qu'autant que le créancier aura usé de moyens artificieux pour lui nuire. Mais si l'hypothèque est générale, l'art. 2037 appartiendra au tiers détenteur, puisqu'il jouit du bénéfice de discussion (2).

En ce qui touche ce dernier (nous ne parlons que de lui, l'article 2171 du C. c. nous renfermant dans le point de vue qui le concerne), les monu-

---

(1) Mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 808.

(2) Art. 2170 C. c., et mon com. des *Hypothèques*, t. 3, n° 796.

ments les plus respectables de notre ancienne jurisprudence sont là pour attester qu'il n'y a pas de distinction à faire entre le fidéjusseur et lui, et Jean Faber (1), Dumoulin (2), Loyseau (3), Pothier (4), ont repoussé les scrupules de Bartole (5) et de son école (6), qui refusaient au tiers détenteur la même faveur qu'au fidéjusseur (7).

D'abord les textes se prononcent pour la cession d'actions (8); et, bien qu'ils ne traitent pas la question de savoir si la cession doit être utile, ou si elle doit être une cession telle quelle, néanmoins on n'aperçoit pas pour quelle raison on serait plus rigoureux à l'égard du tiers détenteur qu'à l'égard du fidéjusseur. L'un et l'autre n'ont-ils pas été investis par la même constitution du bénéfice de discussion?

N'importe, dit-on, et la différence est grande; car, dans le cautionnement, le fidéjusseur a stipulé avec le créancier, et l'on peut supposer alors que la condition tacite de son engagement a été que le créancier lui conserverait ses actions et ses gages. Mais le tiers détenteur qui a acheté du débiteur n'a

---

(1) Sur la loi *Jubemus*, C., *ad senatusc. Velleian.*

(2) *De usuris*, q. 89, nos 680 et suiv.

(3) *Déguerp.*, liv. 2, ch. 8, nos 18 et suiv.

(4) *Hypoth.*, ch. 2, art. 2, § 6; et Orléans, t. 20.

(5) Sur la loi *Si stipulatus*, § 1, D., *De fidej.*

(6) Neguzantius, par ex., part. 5, memb. 3, n° 29.

(7) Dumoulin dit même : « SED CERTÈ *hæc communis sententia » non est simpliciter vera.* »

(8) L. 19, D., *Qui potior in pignore;*
Et Papinien, L. 5, D., *De censib.* (lib. 19 *Responsor.*).

pas contracté avec le créancier. Celui-ci a pu ignorer l'achat qui a fait passer l'immeuble dans les mains d'un tiers. Le titre de ce dernier est pour lui *res inter alios acta* (1). Le tiers ne peut donc pas venir lui imposer des obligations qui modifient la situation primitive.

Cette objection est ancienne; Dumoulin convenait qu'elle n'était pas sans valeur, et que, sous ce rapport, la cause du tiers détenteur avait un argument de moins que celle des fidéjusseurs (2). Toutefois, il ne la trouvait pas assez puissante pour infirmer le droit du tiers détenteur. Elle n'est, en effet, que spécieuse, et ne touche pas à la racine de ce droit. Le tiers détenteur jouit du bénéfice de discussion. En achetant il a compté sur ce secours équitable. Le créancier ne saurait donc le lui enlever par son propre fait, en abolissant les garanties qui le rendent efficace.

Il existe, au surplus, sur cette question un arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1815 (3) qui applique l'art. 2037; même dans le cas où l'hypothèque est spéciale. La question est pendante, à l'heure qu'il est, devant la chambre civile, par suite d'une admission prononcée, à mon rapport,

---

(1) M. Dupret, *Revue étrang.*, *loc. cit.*, p. 519, n° 54.

(2) *Loc. cit.*, n° 680.

(3) D., *Hypoth.*, p. 358, 359.

M. Delvincourt cite un arrêt rendu en sens contraire le 14 février 1816 (t. 3, p. 265, *note* 6, *in fine*). Cet arrêt n'existe pas; l'auteur veut parler probablement de l'arrêt du 13 février 1816 qui juge la question du n° suivant.

par la chambre des requêtes le 26 mars 1845 (1). Mais elle est compliquée de quelques points de fait qui semblent toucher à la fraude.

563. Autre question. L'on demande si l'art. 2037 peut être étendu à deux débiteurs principaux qui ont contracté solidairement? Nous répondrons qu'une telle question n'est pas proposable; car le bénéfice de discussion n'appartient pas à des débiteurs solidaires.

Cependant la question a été jugée implicitement, par un arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1816 (2), en ce sens que si le codébiteur sodaire est actionné pour le total, il faut que le créancier puisse le subroger utilement dans le droit de recouvrer les parts viriles qui excèdent la sienne; et nous devons dire tout de suite que cette décision est conforme à celle de Pothier (3), de Merlin (4), de MM. Zachariæ (5), Duranton (6), Toullier (7). En droit, il ne faut s'étonner de rien! Néanmoins j'ai toujours été surpris que Pothier ait pris sous son patronage une si grande erreur. Il croit donner une raison péremptoire en disant : « Lorsque

(1) Affaire Maumigny.
(2) Sir., 16, 1, 327.
Devill., 5, 1, 153.
(3) *Oblig.*, nos 520,
280,
275.
(4) Quest. de droit, vo *Solidarité*, § 5.
(5) T. 2, p. 273, note 40.
(6) T. 18, no 382 (note).
(7) T. 7, no 172.

» plusieurs personnes contractent une obligation
» solidaire, elles ne s'obligent chacune pour le to-
» tal que dans la confiance qu'elles pourront avoir
» recours contre les autres en payant le total.
» C'est pourquoi, lorsque le créancier, par son fait,
» les a privées de ce recours, en se mettant, par
» son fait, hors d'état de pouvoir céder ses actions
» contre l'un d'eux qu'il a déchargé, il ne doit
» plus être recevable à agir solidairement contre
» les autres, si ce n'est sous la déduction des por-
» tions pour lesquelles ils auraient eu recours
» contre celui qu'il a déchargé. »

Mais c'est juger la question par la question. Les codébiteurs solidaires n'ont pu compter sur ce droit qu'autant que ce droit existe. Or, existe-t-il? Voilà où il en faut revenir, et la Cour de cassation vient de reconnaître la négative par un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 5 septembre 1843 (1). Cet arrêt est d'autant plus remarquable qu'il abandonne la doctrine de l'arrêt du 13 février 1816. Je l'en approuve hautement. J'aurais voulu seulement que la rédaction en fût différente en certaines parties, et qu'elle n'eût pas inutilement reproduit et approuvé la mauvaise jurisprudence sur les fidéjusseurs solidaires.

564. Passons maintenant à un autre ordre d'idées, et voyons quels sont les faits qui, d'après notre article, peuvent être reprochés au créancier par le fidéjusseur.

---

(1) Devilliers, 44, 1, 71.
Dalloz, 44, 1, 58.

Le plus ouvertement répréhensible, c'est la renonciation que le créancier a faite à des garanties qu'il avait contre le débiteur. Par exemple, il est créancier hypothécaire, et il consent à abandonner son hypothèque, ou à donner mainlevée de son inscription. Le fidéjusseur, qui a compté sur cette garantie réelle et qui s'en trouve privé, peut, s'il en éprouve du dommage, demander à être déchargé. Ceci est sans difficulté, et tout le monde est d'accord à cet égard.

565. Mais la controverse commence lorsque le créancier a perdu son droit, non pas par un fait positif, mais par une omission, par exemple s'il a omis de renouveler son inscription en temps utile, s'il a négligé de faire des oppositions. Plusieurs, et à leur tête Pothier (1), suivi par M. Toullier (2), distinguent le fait positif et l'omission. Ils imputent au créancier le fait positif, et l'absolvent en cas de simple omission.

Cette distinction entre la faute *in committendo* et *in omittendo* n'est pas soutenable. Je l'ai réfutée dans mon commentaire de la *Vente* (3). Elle n'est cependant pas généralement abandonnée (4). On

---

(1) *Oblig.*, n° 520.

(2) T. 7, n° 172.

(3) T. 2, n° 941.

(4) Voyez sur ce point MM. Zachariæ, t. 3, p. 165, note (3).

Duranton, t. 18, n° 382.

Duvergier, *Vente*, t. 2, n° 276.

Ponsot, n° 532. Ils repoussent les distinctions. On peut

peut citer en sa faveur des arrêts de Caen (1), Agen (2).

566. Pothier, que l'on invoque toujours comme soutien de cette doctrine, a contredit, dans son traité de la *Vente* (3), ce qu'il a enseigné dans son traité des *Obligations*.

De plus, consultons les textes.

Papinien traite d'un cas analogue dans la loi 95, § 11, D., *De solut.*, qui, depuis l'introduction du bénéfice de discussion, est également applicable au cautionnement et au mandat *pecuniæ credendæ* (4), et, suivant lui, toutes les fois qu'il y a faute, il y a responsabilité : *culpâ tuâ* (5). Or, la faute se commet *in omittendo* comme *in committendo*.

Notre article se sert du mot *fait* : mais, remarquons-le bien, il ne dit pas un *fait positif*, comme disait Pothier. Et cette variante affectée est suffisante pour établir que la pensée n'est pas la même.

---

citer dans le même sens :

Toulouse, 27 août 1829 (S., 30, 2, 89) ;
Cassat., 25 juillet 1827 (S., 28, 1, 17) ;
21 mai 1833 (Dal., 33, 1, 213) ;
17 août 1836 (Dev., 36, 1, 632) ;
29 mars 1838 (Palais, p. 132) ;
14 juin 1841 (Palais, p. 49 ; Dev., 41, 1, 466) ;
20 mars 1843 (Palais, p. 255).

(1) 3 juillet 1841.

(2) 26 nov. 1836 (Sir., 37, 2, 102) (Dal., 37, 2, 111) ; Et 9 juin 1842.

(3) N° 576.

(4) *Suprà*, n° 542.

(5) *Suprà*, n° 532.

567. Voyons ensuite les raisons de décider : Pothier veut que, dans une matière qui est toute d'équité, on ne se montre pas trop exigeant; et suivant lui il suffit, pour absoudre le créancier, qu'il n'ait rien fait de contraire à la bonne foi. Mais cette réflexion, qui serait juste si la cession d'actions était restée ce qu'elle était du temps des Prudents, manque de portée depuis que le fidéjusseur a reçu, avec le bénéfice de discussion, le droit positif d'exiger que le créancier ne fasse rien, soit par malice, soit par négligence, qui porte atteinte à ce droit.

Pothier ajoute que la caution pouvait veiller de son côté, et aussi bien que le créancier, à la conservation du droit qui s'est perdu; qu'elle pouvait tout au moins sommer le créancier de faire les actes de conservation nécessaires, et que dès lors elle ne saurait se prévaloir contre lui d'une négligence commune.

Pour rendre plus précise et plus concluante la réponse que j'ai adressée à cet argument dans mon commentaire de la *Vente* (1), je ferai une concession.

Oui, il est un cas où le fidéjusseur est coupable de négligence, et où cette négligence se rétorque contre lui. C'est lorsque la dette étant devenue exigible par l'échéance du terme, le fidéjusseur n'use pas du droit de l'art. 2032 et laisse le débiteur tomber dans l'insolvabilité. On ne voit pas trop,

(1) T. 2, n° 941.

alors, comment le fidéjusseur reprocherait raisonnablement au créancier d'avoir usé de ménagements envers le débiteur et de l'avoir laissé perdre son patrimoine. Ses reproches se retourneraient facilement contre lui-même (1).

Mais cette hypothèse n'est pas celle à propos de laquelle Pothier a présenté l'argument auquel je réponds. Il ne suppose pas un créancier qui n'est que lent à agir ; il suppose un créancier qui laisse perdre, par son omission, une garantie positive et acquise, un créancier qui ne renouvelle pas ses inscriptions, laisse perdre ses hypothèques, oublie de faire une opposition, etc., etc. ; ce qui est fort différent. Or, je dis que, dans cette situation, il n'est pas raisonnable d'exiger du fidéjusseur un ministère d'actif. Ce que Pothier demande au fidéjusseur, c'est d'intervenir dans les affaires du créancier pour les faire à sa place, ou pour le mettre en demeure de les faire. Mais le fidéjusseur n'est pas le tuteur du créancier; il n'est pas non plus son procureur. Reprochez-lui de n'avoir pas usé de ses droits, à la bonne heure ! Mais lui reprocher de n'avoir pas conservé le droit du créancier, lui imposer le rôle difficile, périlleux, de prendre en main les affaires de ce dernier, de surveiller le moment du renouvellement d'une inscription, de se tenir aux aguets d'une procédure en purgement dont les actes ne s'adressent pas à lui, d'épier un procès dans lequel il n'est pas par-

(1) Je reviens sur ce cas au n° suivant.

tie et dont il ignore les phases diverses, pour sommer le créancier de faire opposition, d'appeler, etc., est-ce là, je le demande, une situation tenable pour le fidéjusseur? Est-ce que ce n'est pas le créancier qui est placé aux avant-postes pour agir, presser, conserver? Son intérêt à cet égard n'est-il pas prédominant sur celui du fidéjusseur? et la loi ne l'entend-elle pas ainsi, puisque c'est lui qu'elle charge de la discussion des biens du débiteur?

568. Mais (je veux insister là-dessus), s'il est incontestable que le créancier est responsable de la perte des garanties causée par son fait et son omission, il faut être moins prompt à le condamner lorsque, par sa patience à supporter les lenteurs du débiteur, il a perdu du temps; de telle sorte que le débiteur a, dans l'intervalle, dérangé ses affaires et ébranlé sa fortune. Dans ce cas, le fidéjusseur n'est pas fondé à objecter au créancier qu'il n'a pas poursuivi le débiteur principal assez tôt, et qu'il ne devait pas attendre qu'il fût tombé dans l'insolvabilité. C'est dans ce sens que j'entends ce passage de Casaregis (1):

« Modò quæritur an per negligentiam *in petendo* » *suum creditum* contra debitorem principalem (2), » creditor amittat jus agendi contra fidejussorem, » vel tertium possessorem bonorum principalis de- » bitoris, aut hujusmodi obligatum. In quâ quæs- » tione (licet aliqui senserint contra creditorem ne-

(1) *Disc.* 120, n° 20.

(2) Sans toutefois qu'il y ait prescription acquise.

» gligentem, quos refert et sequitur Ansaldus (1)), » verior tamen opinio est favorabilis creditori. » Après avoir cité un grand nombre d'auteurs (2), il ajoute :

« Limita tamen in casu quo negligentia esset » conjuncta cum dolo. Videlicet si creditor ne- » glexerit exigere, ad affectum vexandi fidejussorem » vel tertium possessorem.

» Atque similiter, quandò creditor fuisset inter- » pellatus à fidejussore vel tertio, ad agendum » contra debitorem ob timorem illius deterioratio- » nis vel ob dilapidationem bonorum quam fortè » cœpit agere. »

J'approuve cette manière de voir.

D'une part, le fidéjusseur pouvait forcer le débiteur à payer. L'art. 2032 lui ouvrait une action qu'il n'a pas exercée, et c'est le cas de lui reprocher sa négligence, négligence aussi frappante ici qu'elle l'était peu tout-à-l'heure.

D'autre part, le simple défaut de poursuites, suivi de l'insolvabilité, n'est imputable au créancier, d'après le texte formel de l'art. 2024, que lorsque la caution a requis la discussion et fourni les deniers suffisants pour la faire. La lenteur dans les poursuites n'est donc pas une faute dans les

---

(1) *Disc.* 39, n° 26.

(2) Merlinus, *De pignorib.*, lib. 5, q. 57.
Hering., *De fidej.*, c. 20, § 15.
Le card. de Luca, *De fideic.*, *disc.* 161, n° 4.
Maur., *De fidej.*, part. 2, sect. 10, § 23, p. 967.
Et autres.

autres cas. On ne peut tourner contre le créancier son humanité (1) ; on ne peut lui faire un reproche d'une patience dont le fidéjusseur a, lui aussi, profité.

569. A la vérité, il en est autrement dans le cas où le fidéjusseur n'est pas un fidéjusseur pur et simple, et où il est un fidéjusseur *indemnitatis* (2) ; mais la raison en est que le fidéjusseur *indemnitatis* ne s'est obligé que sous la condition suspensive que le débiteur serait discuté dans ses facultés, sous la condition, dis-je, qu'à la suite des moyens de contrainte employés par le créancier, il serait prouvé que ce dernier n'a pu être payé. Dans cette situation, le fidéjusseur est en droit de reprocher au créancier des retards sans lesquels la condition ne se serait pas réalisée. Mais ceci n'est pas applicable au cas de fidéjussion simple, alors que l'obligation du fidéjusseur n'a rien de conditionnel (3).

570. Il est un autre point qui se rattache à la matière des faits par lesquels le créancier encourt l'exception portée dans notre article. C'est la question de savoir si le fidéjusseur peut se prévaloir de ce que le créancier a sacrifié ou laissé perdre des garanties qui n'existaient pas au moment de la fidéjussion et qui n'ont été acquises que depuis.

L'ancienne jurisprudence tranchait cette ques-

---

(1) Vinnius, *Quæst. select.*, n° 42.

(2) Pothier, n° 415, *in fine*.
M. Dupret, n° 21 (*Rev. étrang.*, 1845, p. 412).
L. 41, D., *De fidéj.*

(3) *Suprà*, n°s 536, 537 ; 224, 231.

tion pour la négative. On partait de ce point : le fidéjusseur n'a pu compter que sur la cession des garanties et sûretés existantes au moment où il s'est engagé avec le créancier. Mais comment aurait-il pu fonder des espérances sur des garanties et sûretés que le créancier ne s'est fait donner que plus tard? Évidemment, le fidéjusseur ne peut dire qu'elles ont été la condition de son engagement, et, dès lors, le créancier ne lui fait aucun tort en y renonçant (1).

Sous le C. c., la question est controversée. Plusieurs ne veulent pas de distinctions (2). Ils soutiennent que la subrogation légale accordée au fidéjusseur par le droit nouveau est une subrogation entière dans tous les droits quelconques du créancier, et que ce serait condamner le fidéjusseur à se contenter d'une subrogation partielle que de limiter l'art. 2037 par la distinction de l'ancien droit. L'art. 2037, d'ailleurs, ne distingue pas, et l'on ne voit nulle part des motifs assez puissants pour limiter la généralité de ses expressions.

D'autres, au contraire, restent fidèlement attachés aux traditions de notre ancienne jurisprudence, et ce sentiment a pour lui l'autorité des arrêts de la Cour de cassation.

---

(1) Pothier, *Oblig.*, 581 et 520.
Dumoulin, *Lect. dol.*, nos 35 et 36.
Basnage, part. 2, ch. 6. V. *suprà*, no 386.

(2) MM. Zachariæ, t. 3, p. 166 ;
Ponsot, p. 420, no 334 ;
Duranton, t. 18, no 382.

Dans l'espèce de l'un de ses arrêts (1), il s'agissait du porteur d'une lettre de change qui avait pris inscription sur les biens du souscripteur, et qui ensuite avait donné mainlevée à ce dernier. Les endosseurs prétendaient que, par le sacrifice de cette garantie, le porteur avait perdu son recours contre eux ; et cela, bien que cette garantie ne résultât pas du contrat passé avec eux, et que les sûretés hypothécaires constituassent un droit indépendant du contrat de change. La chambre civile, par son arrêt de cassation du 17 janvier 1831, décida que le porteur avait pu se désister de son inscription sans compromettre aucun de ses avantages contre les endosseurs.

Dans l'espèce du second (2), il s'agissait d'une créance qui avait pour cause des billets de commerce. Baillet avait endossé des billets souscrits par Obissac, et les avait passés à l'ordre de Louchet. Ce dernier laissa périr une hypothèque qu'Obissac avait consentie pour sûreté de ses engagements à une époque postérieure à celle à laquelle Baillet avait contracté par ses endossements l'obligation d'en garantir le paiement. Baillet prétendit que cette perte donnait lieu à l'application de l'art. 2037.

Mais la chambre des requêtes repoussa son pourvoi, entre autres raisons, parce que les garanties

---

(1) Dal., 31, 1, 54. *Junge* Caen, 18 mars 1828 (Sir., 28, 2, 121 ; Devill., 9, 2, 56 ; Dal., 28, 2, 76).

(2) Req., rejet, 12 mai 1835 (Dal., 35, 1, 259).

abandonnées par le créancier avaient pris naissance après le cautionnement.

A notre avis, comme il s'agissait de lettres de change et de cautionnement solidaire, les prétentions des fidéjusseurs n'étaient soutenables ni dans la première ni dans la seconde espèce, et nous applaudissons au fond aux décisions qui leur fermèrent la bouche.

Mais les raisons de droit par lesquelles on les fit échouer étaient-elles prépondérantes? Nous ne le pensons pas, et ceci est une nouvelle preuve du peu d'assiette de la jurisprudence, de ses variations, de ses incertitudes, des chocs d'opinion dont elle donne le spectacle parce qu'elle ne remonte pas à la racine de l'art. 2037.

571. Et, en effet, la question que nous examinons ne présente de difficultés que parce qu'on oublie la raison fondamentale de notre point de droit; tandis que tout devient simple et clair si on le rattache à l'exception de discussion. Supposons donc que le fidéjusseur soit actionné par le créancier et qu'il le renvoie à la discussion des biens du débiteur : le créancier ne sera-t-il pas reprochable d'avoir renoncé à des garanties qui, bien que postérieures au cautionnement, auraient dû entrer en ligne de compte pour tirer paiement des biens du créancier? Cet abandon ne priverait-il pas le fidéjusseur de son droit?

Or, le fidéjusseur qui trouverait un motif de reproche dans cette conduite du créancier, s'il l'avait renvoyé à la discussion des biens du débiteur, n'a-t-il pas le même droit quand il consent à payer

tout de suite, moyennant que le créancier lui cède ses actions ?

Et, dès lors, s'évanouit l'argument tiré de ce que le fidéjusseur n'a pas pu compter sur des garanties acquises après coup ! Et pourquoi donc n'a-t-il pas pu compter sur les garanties futures aussi bien que sur les garanties présentes ? Évidemment ce sont là de ces arguments qui se rétorquent, et qui ne sont au fond que des pétitions de principe.

572. Quand la subrogation aux droits du créancier n'est devenue impossible que pour partie, la caution n'est libérée que dans la même proportion (1). En effet, l'art. 2037 n'affranchit la caution de son engagement qu'à titre d'indemnité. Donc la peine ne doit pas excéder le dommage (2).

Sans doute, si l'on voulait raisonner textuellement, comme on ne l'a que trop fait dans cette matière, on pourrait dire que l'art. 2037 ne distingue pas, qu'il place la négligence du créancier au nombre des causes d'extinction du cautionnement, et que puisqu'il libère le fidéjusseur sans restriction, il faut dire que cette libération est absolue. Mais ce raisonnement méconnaîtrait le principe de l'art. 2037, et l'équité le repousserait autant que l'esprit de la loi. D'ailleurs l'art. 2024,

---

(1) Toulouse, 2 janv. 1823 (Sir., 23, 2, 118)
(Dalloz, v° *Caution*, p. 411).

(2) Pothier, n° 557.
MM. Zachariæ, t. 3, p. 166.
Ponsot, n° 334.

placé au chapitre du bénéfice de discussion, à ce chapitre auquel il faut toujours en revenir quand on veut avoir le secret de l'art. 2037, l'art. 2024 prouve que le cautionnement est seulement susceptible de restriction jusqu'à concurrence du préjudice que le créancier a porté à la caution.

Article 2038.

L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale décharge la caution, encore que le créancier vienne à en être évincé.

Article 2039.

La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.

SOMMAIRE.

573. De l'extinction du cautionnement par l'effet des conventions intervenues entre le créancier et le débiteur. Rappel de principes qui touchent à la matière.

574. Autrefois plusieurs jurisconsultes posaient en principe que le cautionnement finit par l'altération de l'obligation principale convenue entre le créancier et le débiteur, sans que le fidéjusseur y ait été partie.

575. Mais il y a des distinctions à faire.

1° D'abord, en ce qui concerne le terme. Quand le fidéjusseur s'est obligé à temps, la prorogation de ce temps faite comme il vient d'être dit ne change rien à l'état primitif en ce qui le concerne.

Mais s'il s'est obligé purement et simplement, la concession d'un terme de paiement pouvant lui être favorable, c'est à lui à voir s'il veut en profiter, ou bien, autrement, payer ou forcer le débiteur à payer.

576. Suite. Texte de l'art. 2039.

577. 2° Du cas où le débiteur est convenu de payer autre chose que ce qui avait été convenu

Lorsque la convention porte que telle chose sera payée, la convention d'en payer une autre libère le fidéjusseur.

Il en serait autrement s'il s'était obligé purement et simplement.

578. Exemple de substitution d'une chose à une autre.

579. Autre exemple, et arrêt qui décide que le fidéjusseur est libéré, nonobstant toutes réserves faites contre lui par le créancier.

580. 3° Du cas où, sans convention antérieure, le créancier a consenti à recevoir une chose pour une autre. Si le créancier qui a reçu cette dation en paiement est évincé, l'obligation de la caution revivra-t-elle?

Opinions diverses dans l'ancien droit.

581. Caractères de la dation en paiement.

582. L'obligation du fidéjusseur ne renait pas; elle est éteinte d'une manière définitive.

Raison particulière de ce point de droit.

583. En serait-il autrement si le créancier n'avait reçu la chose en paiement que sous la réserve de conserver ses droits contre le fidéjusseur?

COMMENTAIRE.

573. Je réunis ces deux articles dans le même commentaire. Tous deux s'occupent des conven-

tions faites entre le créancier et le débiteur et tendant à influer sur l'obligation principale; il s'agit de savoir quelle valeur ces conventions peuvent avoir par rapport à l'obligation de la caution. La détruisent-elles? la modifient-elles? la laissent-elles intacte? Ne sont-elles pas *res inter alios acta?*

En principe, le débiteur a le devoir de libérer la caution, et tout ce qui a pour résultat de rendre meilleure la condition de ce dernier rentre dans cette obligation. Aussi ne faut-il pas hésiter à reconnaître que les pactes par lesquels le débiteur a relâché le lien du contrat et adouci la situation primitive profitent au fidéjusseur. Peu importe qu'il n'y ait pas été partie; le débiteur est le représentant légal du fidéjusseur pour payer, et par conséquent pour rendre le paiement plus facile et plus commode : *Debitor tenetur prodesse et acquirere fidejussori* (1). Dans tous les cas, le créancier qui voudrait contester à la caution le bénéfice de ces pactes intervenus entre le débiteur et lui serait repoussé par l'exception *cedendarum actionum.*

Il va sans dire aussi que si le débiteur paie le créancier, ou convient avec lui de quelque novation qui substitue une obligation à l'obligation primitive, ce paiement et cette novation (on sait que la novation n'est qu'une sorte de paiement) profitent au fidéjusseur et entraînent sa décharge. Le cautionnement se trouve éteint par le fait ou

---

(1) Hering., c. 27, part. 4, n° 8.
Suprà, n° 499.

la volonté même du créancier qui a reçu ce qui lui était dû, ou qui a consenti à innover.

Mais si le débiteur a qualité pour améliorer la situation du fidéjusseur, il est sans droit pour la rendre plus mauvaise : *Prodesse, acquirere, et* NON NOCERE, *debitor tenetur fidejussori* (1). Le fidéjusseur a contracté une obligation qui ne saurait être changée *ex post facto* que par l'intervention de son consentement. Il a le droit d'y ramener le créancier et d'éliminer tous les actes ultérieurs qui, étant *res inter alios acta*, ne doivent pas réfléchir sur lui.

Ainsi, en thèse de droit, le fidéjusseur peut se prévaloir de toutes les conventions qui ont pour résultat de procurer la libération commune du débiteur et de lui ; il peut se prévaloir de toutes celles qui, sans libérer à proprement parler le débiteur, éteignent l'ancienne obligation pour en mettre une autre à la place ; il peut repousser, comme étant sans valeur, les pactes aggravants passés sans son concours entre le créancier et lui.

Nous avons vu un exemple de ce point de jurisprudence dans notre n° 499 ci-dessus. Un débiteur paie le créancier sans prendre les précautions exigées par l'art. 1250, n° 2, du C. c., pour subroger aux droits de ce créancier le capitaliste, avec les fonds duquel il a payé. Ce n'est qu'après coup, et à l'aide d'actes simulés, qu'il feint une cession des actions du créancier payé à ce même capitaliste.

(1 Hering., *loc. cit.*
Suprà, n° 499.

Or, le paiement a éteint l'obligation primitive, celle-là seule à laquelle le fidéjusseur a accédé, et les faits postérieurs, mis en œuvre par le débiteur pour étendre à son nouveau créancier le bénéfice du cautionnement, ne doivent pas nuire au fidéjusseur. Il y a eu extinction de l'obligation première; il y a eu par conséquent extinction du cautionnement. Le débiteur n'a pas qualité pour faire revivre contre le gré du fidéjusseur son obligation accessoire. *Prodesse, acquirere, et* NON NOCERE, *debitor tenetur fidejussori ! !*

Vainement invoquerait-on la bonne foi des tiers à qui une apparence trompeuse a persuadé que le cautionnement se prolongeait. Le fidéjusseur est aussi un tiers, car le débiteur n'est pas son représentant pour lui nuire; il est fondé à se retrancher dans la règle : « *Res inter alios acta tertio non nocet.* » On ne voit pas pourquoi il serait sacrifié aux autres tiers intéressés dans le débat.

574. Tels sont les principes.

Maintenant il faut entrer dans un examen plus spécial des cas en présence desquels le fidéjusseur peut être forcé d'invoquer ces règles. Elles n'ont pas toujours été appliquées avec discernement par les auteurs.

Ainsi, par exemple, il n'est pas rare de lire dans les livres de jurisprudence ancienne que l'obligation du fidéjusseur est éteinte et dissoute par l'altération de l'obligation principale. « *Finiri dicitur* » *obligatio fidejussoria*, dit Ilering (1), *ob alteratio-*

(1) C. 20, § 25, n° 1, avec beaucoup d'autres qu'il cite.

» *nem obligationis sive contractûs pro quo fidejussor fidem* » *suam interposuit.* » Dans ce système, proroger et changer le terme de paiement, substituer à l'objet payable un autre objet, comme du blé à la place de l'argent, c'est faire un autre contrat, c'est innover, c'est libérer par conséquent le fidéjusseur.

Mais ce sentiment est trop absolu ; il y a des distinctions à faire pour bien résoudre cette question que Marsili appelle très bien *utilis et quotidiana* (1). L'opinion commune les a aperçues (2) ; en voici le résumé :

575. Voyons d'abord ce qui a rapport au terme. Ou le fidéjusseur s'est obligé à temps, par exemple jusqu'à la moisson inclusivement, et alors la prorogation du terme accordé par le créancier au débiteur n'empêche pas que le fidéjusseur ne soit libéré aussitôt que la moisson est arrivée (3). En effet, une obligation limitée à un certain temps ne peut être prorogée au delà contre la volonté de l'obligé (4).

Ou bien, le fidéjusseur s'est obligé purement et simplement, et alors la prorogation de terme ne le libère pas (5). Il n'y a pas de novation qui efface la première convention et en fasse une nouvelle.

---

(1) N° 89.

(2) Marsili (*loc. cit.*) : « *Ut concludunt doctores communiter.* »

(3) Vinnius, *Quæst. illust.*, 41, 2, c. 41.

(4) Marsili, *loc. cit.*, n° 89.

(5) Vinnius, *Quæst.*, lib. 2, c. 42.
Fachin, 11, *Cout.* 88.
Hering., c. 20, § 12, nos 2 et 3.

Si on objecte que pendant ce délai le débiteur pourra faire de mauvaises affaires, ce qui ferait retomber sur le fidéjusseur tout le poids de l'obligation, on peut répondre qu'il peut aussi en faire de bonnes, et qu'alors la prorogation est utile au fidéjusseur (1). Dans tous les cas, le fidéjusseur qui n'a pas été partie dans ces arrangements peut, s'ils lui déplaisent, ou payer, ou forcer le débiteur à se libérer (2).

576. Cette opinion adoptée par Pothier (3) est passée dans l'art. 2039 du C. c. Elle se défend par les raisons péremptoires que nous venons de toucher.

577. C'est aussi par cette même distinction qu'on résout le cas d'une convention tendant à permettre au débiteur de payer autre chose que ce qu'il avait promis. Si le fidéjusseur s'est taxativement obligé à payer ce qui est compris dans la première obligation, le changement convenu le décharge. Si au contraire il s'est obligé en termes généraux à satisfaire le créancier, alors il est tenu nonobstant cette substitution conventionnelle d'une chose à une autre (4).

Éclaircissons ceci par quelques exemples.

578. Et d'abord, supposons qu'une vente a été faite pour 20,000 francs, et qu'ensuite le vendeur et l'acquéreur changent le prix et conviennent de

---

(1) Vinnius, *loc. cit.*

(2) *Id.*

(3) N° 407.

(4) Marsili, *loc. cit.*, n° 89.

bases nouvelles : ce sera un nouveau contrat; le prix, élément essentiel de la vente, étant changé, il y a novation, et le fidéjusseur sera libéré. « *Fidejussor ampliùs non tenetur; mutato enim pretio, ex quo consistit substantia, natura et status emptionis, et emptio mutatur* (1).» Nous disons que ce sera un nouveau contrat; mais ceci n'est vrai qu'à une condition, savoir, que les choses sont encore entières lorsque ces changements sont convenus, c'est-à-dire que rien n'a été livré, ni payé; car si les choses n'étaient plus entières, s'il y avait eu délivrance, si des à-compte avaient été soldés, il serait difficile de voir, au milieu de cet état de choses, un nouveau contrat; tout se résumerait en simples changements secondaires dont la vente primitive ne serait pas affectée en elle-même (2). Partant de là, la stipulation d'un prix plus élevé ne serait pas opposable au fidéjusseur qui n'aurait cautionné que 20,000 francs; il demeurerait seulement obligé à payer les 20,000 francs. Que si l'acquéreur avait obtenu une diminution de prix, le fidéjusseur en profiterait, en ce sens, que le vendeur ne pourrait recourir contre lui que jusqu'à concurrence du prix réduit.

Ce que nous venons de dire de la vente s'applique, par identité de raison, au bail à ferme. Les choses sont-elles entières lorsque le propriétaire et le fermier modifient les bases essentielles de leurs arrangements primitifs? le fidéjusseur n'est pas lié

(1) Hering., c. 20, § 25, n° 3.
(2) *Id.*

par sa promesse originaire; cette promesse était l'accessoire d'un contrat qui n'existe plus. Mais si le bail était en voie d'exécution lorsque le propriétaire et le fermier apportent quelques changements au prix originairement stipulé, on serait moins facile à admettre une novation; on se bornerait à combiner les nouvelles stipulations avec la règle que le fidéjusseur profite des conventions qui améliorent sa situation, et qu'il n'est pas atteint par celles qui viennent l'aggraver (1).

579. Voici maintenant un exemple dans lequel la novation se montre en caractères éclatants :

Supposons que j'aie cautionné une somme de 10,000 francs, due par Pierre à François; plus tard, Pierre et François convertissent cette obligation de 10,000 francs en une rente constituée. N'ayant pas été partie à cette convention, je suis déchargé; il y a là une novation qui éteint la première obligation et procure ma libération. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts des 29 mars 1661 et 1er juillet 1667, rapportés par Basnage (2). Le second arrêt est d'autant plus remarquable que le créancier avait stipulé, lors de la conversion de l'obligation en constitution de rente, que c'était *sans déroger à la première obligation, qui demeurait dans sa force et teneur, et sans préjudice de son action contre les cautions*. Mais on considéra que le fidéjusseur n'avait pas été partie à ces réserves; qu'elles ne pouvaient empêcher que la première obligation

(1) Hering., *loc. cit.*

(2) *Hyp.*, part. 2, ch. 7.

ne fût éteinte en totalité, puisque le créancier n'aurait pu en demander l'accomplissement ni au débiteur principal, ni aux cautions ; que dans tous les cas, le créancier était non recevable à inquiéter les cautions, attendu qu'il leur avait ôté les moyens de se faire payer; car comment le fidéjusseur aurait-il pu exiger que le débiteur acquittât le principal, qui était éteint ?

580. Vient maintenant un autre cas qui diffère du précédent et que l'article 2038 prévoit expressément. C'est celui où, sans qu'il soit intervenu de convention qui fasse novation, le créancier a reçu effectivement en paiement une chose à la place de la chose promise. La question est alors de savoir si l'éviction du créancier *ex causâ antiquâ* fait revivre l'obligation de la caution. L'article 2038 décide ce point en faveur du fidéjusseur ; et en cela il se conforme à l'opinion enseignée par Basnage (1) et Pothier (2) contre Renusson (3). Mais, pour bien comprendre ce point de droit, il est nécessaire de répondre à quelques objections qui se présentent naturellement à l'esprit.

581. La dation en paiement n'est réellement extinctive qu'autant qu'elle transfère au créancier la propriété de la chose payée : *cùm res est irrevocabiliter et incommutabiliter adquisita* (4). C'est ce que décidaient la loi 46, D., *De solut.*, et la loi 8, C., *De*

---

(1) *Hyp.*, part. 2, ch. final.

(2) *Oblig.*, n° 407.

(3) *Subrog.*, ch. 5, n°s 40, 41.

(4) Mon com. des *Hypothèques*, t. 4, n° 861.

sentent. (1). Que si la propriété n'a jamais été transférée au créancier, l'obligation première subsiste, et avec elle tous ses accessoires. *Solutum non videtur quod solutum non durat.* La dation en paiement est toujours conditionnelle. Elle est subordonnée à la condition que le créancier sera rendu propriétaire. Quand cette condition manque, la dation en paiement s'efface rétroactivement.

582. Nonobstant ces raisons, il faut dire que le fidéjusseur est entièrement libéré, et voici pourquoi :

Lorsque le créancier reçoit une chose en paiement, le fidéjusseur se trouverait gravement lésé s'il demeurait exposé à un recours tardif en cas d'éviction. On le sait, le fidéjusseur veille sur le débiteur; il a droit de le contraindre à remplir ses obligations quand il est en retard, ou qu'il y a des inquiétudes à avoir sur la solidité de sa fortune. Or, supposons que le débiteur ait dérangé ses affaires depuis la dation en paiement. Comment le fidéjusseur aurait-il pu prendre les mesures conservatoires que la loi met à sa disposition (art. 2032)? S'il eût poursuivi le débiteur, celui-ci lui aurait répondu : « Ma dette est acquittée; votre action est inutile. » Et le fidéjusseur aurait été forcé de s'arrêter. Maintenant voilà le créancier qui, sous prétexte de son éviction, revient contre le fidéjusseur. Mais ce recours est-il équitable? N'est-ce pas par le fait du créancier que le fidéjusseur a perdu les avantages de sa position contre le débiteur?

(1) Mon com. des *Hypoth.*, t. 4, n° 849.

n'est-ce pas le fait du créancier qui l'a réduit à l'inaction?

C'est pourquoi Basnage nous apprend que le parlement de Rouen, après avoir hésité sur ces principes, dans un premier arrêt du 18 septembre 1602, est revenu à les consacrer par plusieurs décisions formelles, et particulièrement par un article de son règlement de 1666 (1). On peut s'étonner que Renusson ne se soit pas rendu à l'autorité de ces raisons et de ces arrêts (2).

583. En serait-il de même si le créancier avait stipulé dans son contrat que, nonobstant la dation en paiement, il se réserve ses droits contre la caution? J'ai dit ailleurs que de pareilles réserves sont fréquentes dans les dations en paiement (3). Bartole en conseillait l'usage, et elles ont souvent leur utilité.

Mais ici cette utilité est fort problématique; et Basnage décide même que, quelque stipulation que le créancier emploie dans son contrat, en l'absence de la caution, il se fait à l'égard de celle-ci une extinction que toutes ces clauses sanatoires ne peuvent empêcher (4).

Pourquoi cette décision?

Parce que le fidéjusseur ne peut obliger le débiteur à lui procurer sa décharge sans renverser tout ce qui a été fait entre le créancier et ce même dé-

---

(1) Art. 132.

(2) *Subrog.*, ch. 5, n° 41.

(3) Mon com. des *Hypoth.*, t. 4, n° 858.

(4) *Hyp.*, part. 2, ch. 7, p. 118.

biteur ; et comme une telle tentative n'est pas possible ; comme il ne dépend pas du fidéjusseur de faire cesser un état dont le créancier se contente ; comme il serait dérisoire de demander au débiteur qu'il rapporte une décharge donnée par ce même créancier qui s'est réservé ses droits contre le fidéjusseur ; il s'ensuit que c'est toujours par le fait du créancier que le fidéjusseur se trouve paralysé, et que, dès lors, les réserves de celui-ci ne sont que *protestatio contra factum*.

Ces raisons me paraissent légitimes, surtout si je les combine avec l'arrêt rapporté ci-dessus, n° 579 ; je n'adopte donc pas l'opinion contraire de MM. Duranton (1) et Ponsot (2).

---

(1) T. 18, n° 383.
(2) N° 337.

CHAPITRE IV.

DE LA CAUTION LÉGALE ET DE LA CAUTION JUDICIAIRE.

ARTICLE 2040.

Toutes les fois qu'une personne est obligée, par la loi ou par une condamnation, à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019.

Lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit, en outre, être susceptible de contrainte par corps.

SOMMAIRE.

584. Transition. De la caution légale. De la caution judiciaire. Exemple de caution *judiciaire*.
585. Multiplication des cautions dans la procédure des nations barbares. Observations nécessaires pour comprendre le vrai caractère de ces précautions dictées par un esprit défiant et formaliste.
586. Exemples de cautions *légales*.
587. Autres exemples.
588. Des qualités que doivent réunir les cautions judiciaires et les cautions légales.

589. La caution judiciaire doit de plus être susceptible de contrainte par corps.
Raison de ce point de droit.
590. De la réception des cautions judiciaires.

COMMENTAIRE.

584. Il y a dans le droit un grand nombre de cas où la loi et la justice ordonnent qu'une caution sera fournie. On appelle cautions légales celles qui sont données en vertu des dispositions de la loi, et cautions judiciaires celles qui sont données en vertu d'une condamnation. Un exemple de caution judiciaire se présente lorsque le juge ordonne que la partie touchera une somme par provision, en donnant caution de la rapporter.

585. Les cautions et garanties tiennent une grande place dans la procédure des peuples barbares. Les institutions de Rome, au temps des douze tables, en offrent de notables exemples. Mais le nom de cautions ne leur appartient pas toujours dans le sens propre du mot ; ce sont souvent des porte-fort ; ce sont aussi quelquefois des gages réels. Cette observation doit être présente à la pensée si on veut se faire des idées justes sur cette matière, et assigner le véritable caractère du *vindex* (1),

---

(1) Caius, IV, *Com.* 46.
Aul. Gell., XVI, 10.
Festus, v° *Vindex.*
M. Bonjean (*Des actions*, t. 1, p. 373 et 398).

des *vades* (1), du *sacramentum* (2), des *prædes* (3), des *prædes litis* (4).

Des garanties analogues se rencontrent dans les institutions de la barbarie moderne (5). Le même esprit de défiance a amené le même formalisme.

Mais, notons-le bien ! toutes les cautions, toutes les garanties accumulées pour assurer la marche régulière de la justice et l'exécution de ses décrets, ne rentrent pas dans la définition que nous avons donnée de la caution judiciaire. Plusieurs d'entre elles sont plutôt des cautions légales que des cautions judiciaires.

586. Parmi les cautions légales, il en est trois qui ont beaucoup de célébrité et d'importance : ce sont la caution *judicatum solvi* (6), la caution de

---

(1) Caius, IV, *Com.* 184.
Varron, V, 7.
Horace, 1, *satir.* 1, vers XI.
M. Bonjean, *loc. cit.*, p. 375.
(2) Festus, v° *Sacramentum.*
Varron, IV, 36.
Bonjean, p. 379.
(3) Caius, IV, *Com.* 13.
Tit. Liv., 3, 46.
Festus, v° *Præs.*
Bonjean, t. 1, p. 380.
(4) M. Bonjean, t. 1, p. 389.
(5) *Leges wallicæ*, 11, 10, 13.
M. Laferrière, t. 2, p. 163.
(6) Art. 16 C. c., et 166 C. p. c.
Arg. du titre des Instit. *De satisd.*

l'usufruitier (1), la caution donnée en cas de surenchère (2). Mais l'exposé de la jurisprudence qui les concerne se lie à d'autres parties du C. c., et nous nous bornons ici à une simple mention.

587. D'autres dispositions de la loi imposent l'obligation de fournir caution. On peut citer les art. 120 et 123 du C. c., relatifs à l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent;

L'art. 626, relatif à la jouissance de celui qui a un droit d'usage ou d'habitation ;

L'art. 771, relatif à la caution de l'époux survivant;

L'art. 807, relatif à la caution de l'héritier bénéficiaire ;

L'art. 1518, qui oblige le mari à donner caution pour la possession provisoire du préciput dans le cas qu'il prévoit ;

Enfin, l'art. 1653, qui, lorsque l'acheteur est troublé, l'autorise à suspendre le paiement, à moins que le vendeur ne donne caution.

Nous citerons aussi les art. 542, 832, 992, 993 du C. p. c.;

Les art. 120, 151, 231, 346, 384, 444, 466 du C. de com.;

Les art. 114 et suivants du C. d'instr. crim.;

Les art. 44 et 46 du C. pr.

588. Les cautions légales et les cautions judi-

---

(1) Art. 601 C. c.
Suprà, n° 195.

(2) Art. 2185 C. c.

ciaires doivent réunir les conditions prescrites par les art. 2018 et 2019 du C. c.

589. Il faut de plus que la caution judiciaire soit susceptible de contrainte par corps (1). Cette disposition serait trop rigoureuse si elle s'appliquait aux cautions conventionnelles ; mais, comme le disait Treilhard dans son exposé des motifs :

« Il faut des liens plus forts et de plus grandes » sûretés pour les obligations qui se contractent » avec la justice (2). »

Au surplus, l'article suivant vient au secours du débiteur s'il ne peut trouver de caution qui veuille se soumettre à cette dure condition (3).

590. Les art. 519 et suivants du C. de pr. c. tracent la marche à suivre pour la réception des cautions judiciaires.

Article 2041.

Celui qui ne peut pas trouver une caution est reçu à donner à sa place un gage ou nantissement suffisant.

SOMMAIRE.

591. En général, celui qui s'est obligé à donner caution est tenu de remplir cette obligation *in formâ specificâ*.

Mais, en matière de caution légale ou judiciaire, il

---

(1) Art. 2060, n° 5 ; art. 519 C. p. c.
Pothier, n° 377.
Suprà, n°s 108, 114.

(2) Fenet, t. 15, p. 46.

(3) M. Treilhard (*loc. cit.*).

en est autrement. On permet de substituer un gage ou un nantissement à la caution personnelle qu'on ne peut se procurer.

592. Peut-on offrir une hypothèque ? Opinions diverses rappelées. Solution proposée.

COMMENTAIRE.

591. La disposition de cet article est particulière à la caution légale et judiciaire (1) ; car nous avons dit ci-dessus que cette faculté, de substituer un gage ou un nantissement à une fidéjussion, n'a pas lieu lorsque l'obligation de donner caution procède de la convention des parties (2). Quand on s'est engagé par convention à donner une caution, il faut que l'obligation soit remplie : « *Aliud pro* » *alio invito creditori solvi non potest.* » Mais si l'obligation de donner caution procède de la loi ou d'une décision judiciaire, cette obligation comporte plus de latitude dans son exécution, et l'obligé qui ne peut trouver une caution peut offrir un gage ou un nantissement suffisant; il y a alors une sorte de nécessité qui permet de substituer une chose à une autre.

592. Notre article, en donnant à l'obligé cette faculté, ne parle que du gage ou du nantissement. Lui permettra-t-on de donner une hypothèque, si, ne pouvant trouver de caution, il lui est plus commode de donner une hypothèque ?

---

(1) *Contrà*, Pothier, n° 393.
Basnage, *part.* 2, ch. 2, p. 102.
Pyrrhus Maurus, p. 947, d'après Bartole.

(2) N°s 202 et 42.

Cette question partage les esprits. M. Toullier (1), M. Pigeau (2), M. Duranton (3) sont d'avis de l'affirmative. M. Zachariæ (4), M. Ponsot (5) pensent, au contraire, que l'offre d'une hypothèque même sur des biens libres serait insuffisante. C'est aussi l'opinion que j'ai enseignée dans mon commentaire des *Hypothèques* à propos de la caution du surenchérisseur (6). Les incommodités et les formalités de l'hypothèque peuvent légitimer cette conclusion dans ce dernier cas, et autres analogues où la célérité de l'affaire exige promptitude et surabondance de sûretés. Je ne voudrais cependant pas décider d'une manière absolue que l'offre d'une hypothèque sur des biens libres n'est jamais acceptable en matière de caution légale ou judiciaire. L'art. 2041 n'est pas rédigé d'une manière limitative, et le mot gage peut s'entendre *lato sensu* de l'hypothèque. Le juge doit consulter les circonstances et se décider suivant la nuance des cas particuliers, en faisant entrer en ligne de compte la moralité du débiteur, sa bonne foi, son crédit, et en écartant avec soin tout ce qui tiendrait, du côté du créancier, à mauvaise humeur ou esprit de chicane.

---

(1) T. 3, n° 422.
(2) T. 2, p. 308 et 309.
(3) T. 4, n° 603.
(4) T. 2, p. 9, note (8);
Et p. 243, note (32).
T. 3, p. 155.
(5) N° 386.
(6) T. 4, n° 941.

Article 2042.

La caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal.

Article 2043.

Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire ne peut demander la discussion du débiteur principal et de la caution.

SOMMAIRE.

593. La caution judiciaire ne jouit pas du bénéfice de discussion.
594. Raison de cette rigueur. Nécessité d'assurer l'exécution des décrets de la justice.
595. Le certificateur d'une caution judiciaire est également privé du bénéfice de discussion.

COMMENTAIRE.

593. C'est une vieille jurisprudence que celle qui refuse aux cautions judiciaires et à leurs certificateurs le bénéfice de discussion. Louet (1) rapporte un arrêt solennel donné aux grands jours de Tours en 1533, et conforme à la doctrine des glossateurs et des interprètes (2).

---

(1) Lettre F, *som.* 23.
(2) *Junge* Heringius, c. 26, n° 317.
Pyrrh. Maur., p. 578, n° 88.
Pothier, n° 409.

594. Pour quel motif cependant la caution judiciaire a-t-elle été l'objet de cette exception rigoureuse aux dispositions générales de la novelle 4?

D'une part, lorsque la caution est conventionnelle, le créancier a pu veiller à sa sûreté par des pactes de nature à le rassurer ; et puisqu'il dépendait de lui de faire renoncer le fidéjusseur au bénéfice de discussion et qu'il ne l'a pas fait, il ne peut trouver mauvais de se voir arrêté par l'*exceptio ordinis*. Au contraire, le créancier n'a pas eu la même liberté dans le cas de caution judiciaire, et il ne doit pas souffrir de cette situation.

De plus, la caution judiciaire tient de l'*expromissor* (1). Le respect dû aux jugements ne permet pas d'en retarder l'exécution par des moyens dilatoires. Il faut, pour que l'autorité de la chose jugée soit réelle, entière, que la caution soit contraignable de plein vol et sans discussion (2).

595. La chose pourrait être trouvée plus douteuse à l'égard du certificateur à qui il semble qu'on ne doit s'adresser que lorsque la caution certifiée par lui n'est pas solvable. C'était l'opinion de Leprêtre (3) et la décision de quelques arrêts rapportés par Brodeau (4).

Mais cette jurisprudence n'a pas prévalu auprès

---

(1) *Suprà*, n° 10.
Louet, *loc. cit.*
(2) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*
M. Treilhard, *Exposé des motifs* (Fenet, t. 15, p. 46).
(3) Cent. 2, ch. 83.
(4) *Loc. cit.*, n° 2.

des rédacteurs du C. c. Ces sortes de cautions, étant contractées avec la loi ou avec ses ministres, doivent présenter la plus forte comme la plus sûre des responsabilités (1).

---

(1) Le tribun Lahary (Fenet, t. 15, p. 89).

CODE CIVIL,

LIVRE III,

TITRE XV :

DES TRANSACTIONS.

DÉCRÉTÉ LE 20 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 30.

ARTICLE 2044.

La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit.

SOMMAIRE.

1. Transition. Utilité de la transaction.
2. Faveur que mérite ce contrat.

   La prohibition de transiger est odieuse. Les gens d'affaire, les avocats, les conseils des parties doivent porter leurs clients à transiger plutôt qu'à faire des procès.
3. Large signification du mot *transactio* chez les Romains. Il a aussi un sens restreint.

   Quid dans notre langue?
4. Définition de la transaction. Reproche que mérite celle de notre article. Omission de l'*aliquo dato vel retento*.
5. On ne transige que sur les affaires douteuses, contestées, sur des procès nés ou à naître.

On ne transige pas sur des droits certains, *super re certâ.*

L'abandon de droits certains est autre chose qu'une transaction.

6. Pour qu'il y ait incertitude sur le droit, il suffit que le procès soit à craindre.

Règles données au juge pour apprécier s'il y a doute sur une affaire.

7. La transaction est-elle un contrat translatif ou déclaratif?

En règle générale, elle est déclarative.

8. Cependant, elle peut être quelquefois translative.

9. Dans le doute, le caractère déclaratif l'emporte.

10. Suite. Du cas où l'une des parties donne à l'autre quelque chose qui ne faisait pas l'objet de la contestation.

11. De la garantie dans la transaction.

12. Suite.

13. Suite.

14. La transaction est un contrat du droit des gens.

De l'ancienne question qui consistait à savoir si elle était un pacte, un contrat ou un distrat.

La transaction est un contrat consensuel, bilatéral, à titre onéreux.

15. Suite.

16. Suite.

17. Suite.

18. La transaction ne doit pas être confondue avec la donation.

19. Le sacrifice nécessaire dans la transaction doit être mutuel.

Sans cela, on tombe dans le domaine de la renonciation, et ce n'est plus celui de la transaction proprement dite.

20. A la vérité, une des parties peut abandonner beaucoup pour recevoir peu.

21. Domat a cru à tort que l'*aliquo dato vel retento* n'est pas nécessaire dans la transaction.

Domat n'est pas un guide aussi sûr que Pothier.

22. La transaction sert quelquefois de voile à des ventes, à des cessions et transports.
Raison de ces dissimulations.
Criterium pour les découvrir.
23. La transaction est différente de la ratification.
24. Différence de la transaction avec le supplément de prix.
Distinctions à ce sujet.
25. Différence de la transaction et du compromis.
26. De la différence de la transaction et de la chose jugée.
Renvoi.
27. Forme de la transaction. Preuve de ce contrat.
28. Toute transaction non avouée doit se prouver par écrit.
Raison de ce point de droit.
29. Est-il vrai qu'on puisse déférer le serment décisoire sur l'existence d'une transaction?
30. Est-il vrai qu'avec un commencement de preuve par écrit, on peut prouver une transaction par témoins?
31. Est-il vrai qu'il est permis de la prouver par un interrogatoire sur faits et articles?
32. Quand un acte de transaction est représenté, peu importe qu'il soit authentique ou sous seing privé.
33. L'art. 1335 du C. c. doit être observé dans la transaction faite par acte sous seing privé.
34. Exceptions à cette règle.
35. Suite.
36. On peut transiger en bureau de paix.
37. Des transactions par jugement d'expédient. Observations sur ces jugements.
38. De la transaction par le moyen d'un blanc-seing remis à un tiers avec pouvoir de concilier les parties.
Mais ceci est plutôt une amiable composition qu'une transaction.

COMMENTAIRE.

1. La transaction passait autrefois pour une ma-

tière hérissée de difficultés (1). La prédilection du commentateur pour son sujet ne saurait me déterminer à en dire autant sous le Code civil, après les travaux de ceux qui ont signalé et aplani ces difficultés. Du reste, j'adhère pleinement à l'opinion de Bartole, qui regardait ce contrat comme l'un des plus utiles entre tous ceux qui sont reglés dans le Code de Justinien et le corps de droit (2). C'est par lui, en effet, que les procès sont prévenus ou amiablement terminés ; que les affaires se traitent sans aigreur et que l'on règle avec des sentiments de paix les intérêts les plus ardents, les plus prompts à la discorde. Les procès assiégent la vie par de nombreux tourments ; ils sont souvent la ruine des familles (3). La transaction qui les étouffe est le parti du sage (4). On ne perd pas en transigeant (5) ; car, quelque sacrifice que l'on s'impose, on gagne en retour le premier de tous les biens, la tranquillité : *Melior est certa pax quàm sperata victoria* (6).

---

(1) *Hæc materia difficillima et speculativa est.*—Urceolus, *De trans.* (*Exord.*, n° 2).—*Junge* Valeron, *De trans.*, *præm.*, n° 1.

(2) Sur la loi 1, *in princip.*, C., *De transact.*

(3) Voyez la belle épître de Boileau *contre les procès* (*ép.* 2).

(4) Cicer., 2, *De officiis* 5 : *Proprium hoc statuo esse virtutis, conciliare animos hominum.*

(5) Pétrone, *Satiric.*, XIV : « Mihi placet emere, quamvis » nostrum sit, quod agnoscimus, et parvo ære recuperare » potiùs thesaurum, quàm in ambiguam litem descendere. »

(6) Aussi les Italiens ont-ils ce proverbe : « *E meglio un* » *magro accordo, che una grossa sentenza.* »

Boileau a très bien dit dans l'épître citée :

« *Souvent demeurent gueux de vingt procès gagnés.* »

2. C'est pourquoi la transaction a toujours été vue avec faveur (1) ; tellement que les lois reconnaissent en elle une autorité qui doit être respectée à l'égal des jugements. La prohibition de transiger est odieuse (2). Un testateur qui recommanderait à son héritier de ne pas transiger avec son adversaire passerait pour insensé. Un avocat qui éloignerait les parties d'une transaction projetée commettrait un acte honteux, impie. Ceux que la confiance du public appelle à donner des conseils doivent au contraire provoquer les accommodements. Le procès est l'*ultima ratio;* il faut qu'en négociateurs habiles ils en préviennent l'éclat ; il faut qu'ils tempèrent les exagérations du droit, trop porté à s'exalter et se raidir ; il faut qu'ennemis de la chicane, ils imitent ce Servius Sulpicius vanté par Cicéron, non pas seulement à cause de sa science presque divine, mais encore pour ses efforts à concilier les différends. Ceci ne veut pas dire, avec les satiriques, que la justice des hommes n'est qu'un jeu de hasard et que le magistrat qui la rend appartient au plus offrant :

« *Quid faciunt leges, ubi sola pecunia regnat,*
» *Aut ubi paupertas vincere nulla potest ?*
» *Ipsi, qui cynicâ traducunt tempora cœnâ,*
» *Nonnunquàm nummis vendere verba solent.*
» *Ergò judicium nihil est, nisi publica merces*
» *Atque Eques, in causâ qui sedet, empta probat* (3). »

---

(1) L. 16 et 41, C., *De transact.*

(2) Urceol., *loc. cit.*, n° 19.
Valeron, *loc. cit.*, n°s 42, 43, 44.

(3) Pétrone (*loc. cit.*).

Si ce triste portrait réfléchit avec vérité les mœurs judiciaires de Rome, il est menteur pour les tribunaux de notre nation, qui toujours ont été renommés pour leur intégrité et leur austère vertu. Mais les jugements humains sont sujets à l'erreur; la malice des plaideurs peut les surprendre; un oubli passager, un écart involontaire de raison peuvent les fausser. Il y a donc toujours une chance incertaine dans un procès, à côté de la certitude des tourments, des vexations, des animosités qui en sont le cortége. La transaction est dès lors la solution la plus désirable, et c'est une belle pensée que celle de cette hymne de l'Église catholique s'adressant au Seigneur pour lui dire dans ses prières :

« *Dissolve litis vincula!*
» *Astringe pacis fœdera!!* »

Dans le droit public aussi, la transaction montre son utilité journalière et prévient de redoutables différends. Presque tous les traités de paix sont de véritables transactions, et c'est surtout dans les rapports de nation à nation qu'il est bon de faire fléchir la rigueur du droit par des concessions équitables et réciproques.

3. Le mot *transaction*, dans son acception la plus large, signifiait chez les Romains toute conclusion définitive d'une affaire (1). Mais il avait

(1) Brisson, v° *Transigendi*.

Valeron, *quæst.* 1, n° 3. Il cite une foule de passages de Cicéron et des auteurs classiques. Il faut voir aussi Vin-

une autre acception plus précise et plus restreinte, et on l'employait particulièrement pour désigner la convention qui met fin à un procès commencé, ou prévient un procès près de naître (1). Le Digeste et le Code ont traité de cette convention sous ce nom spécial qui est resté consacré.

Chez nous, également, l'expression *transaction* a un sens large et un sens restreint. On dit, par exemple, *les transactions civiles* pour désigner les conventions quelconques par lesquelles les hommes se mettent d'accord sur leurs affaires et leurs intérêts. Mais alors le mot transaction n'est pas pris dans son acception juridique. En France, comme chez les Romains, cette acception juridique se réfère exclusivement à la convention qui termine ou prévient un procès : *litigiis jàm motis et pendentibus, seu posteà movendis* (2).

4. La transaction peut se définir ainsi : un contrat synallagmatique par lequel le consentement des parties termine, moyennant quelque chose

---

nius, *De transact.*, n° 1, et Hilliger sur Doneau, XVII, *com.* 26, note 10.

Consultez aussi la loi 18, § 4, D., *De dolo.*

L. 3, C., *De fructibus*, etc., etc.

L. 229, D., *De verb. signif.*

Sénèque, *Déclam.*, lib. 7, *in præf.*, dit : « *Placet tibi rem* » *jurejurando transigi.* »

(1) L. 1, D., *De transact.*

L. 38, C., *De transact.*

(2) L. *ult.*, C., *De transact.*

que l'on promet, que l'on donne ou que l'on retient, une affaire douteuse ou un procès incertain (1). Cette définition ajoute à celle de notre article; mais il le faut pour être exact. L'art. 2044 omet, en effet, un des caractères les plus saillants de la transaction, savoir : la chose donnée, retenue ou promise, l'*aliquo dato*, *vel retento*, *vel promisso*, sans lequel il n'y a pas de transaction (2). On est surpris que le Code civil ait omis ce trait important qui se trouve rappelé avec un soin particulier dans presque toutes les anciennes définitions des interprètes et des docteurs (3). C'est Domat qui est la cause de cette imperfection (4).

J'ai insisté, du reste, sur le consentement, afin de mieux distinguer la transaction de la chose jugée (5), qui est aussi une manière de terminer les

---

(1) Vinnius, c. 1, n° 2.
Urceolus, *quæst.* 2, n° 7.

(2) L. 38, C., *De transact.*
Favre, *Code*, 4, 3, 8.

(3) Favre sur la loi 1, D., *De transact.* : « *Si res dubia remittatur, nullo accepto vel retento, pactum est, non transactio.* »
Urceol., *quæst.* 2, n° 7, etc., etc.
Vinnius, c. 1, n° 2.
Doneau sur le Code, *De transact.*, cap. 1, n° 8.

(4) *Infrà*, n° 21.

(5) Vinnius, c. 1, n° 2. D'après Doneau, *ad tit.* IV, lib. 2, C., *De transact.*, n° 7.
« Transactio (dit Cujas, Paratitl., sur le C., *De transact.*) *est pactio quâ lis* vel controversia et res aliqua dubia, perindè ac *judicato dirimitur*... Transactio refertur ad litem vel negotium ambiguum. »

procès, mais qui les termine d'autorité et non pas par un consentement réciproque (1).

Et quant à ce que j'ai dit, que ce consentement doit coïncider avec une mutuelle compensation, *aliquo dato vel retento*, j'y reviens ici pour faire observer que la transaction ne doit pas être confondue avec le serment qui procède comme elle du consentement, mais qui termine le différend par la seule puissance de l'affirmation et sans rien donner ni promettre.

5. Toutes les affaires ne peuvent pas être la matière d'une transaction. On ne transige que sur les affaires contestées et douteuses (2). Si le droit est certain, et qu'on en fasse le sacrifice, le contrat n'est plus une transaction ; il est une vente ou une donation. C'est pourquoi il n'y a pas de vraie transaction dans l'accord que font les parties alors que leur procès a été jugé en dernier ressort (3). La chose jugée, qui est semblable à la vérité même, a montré de quel côté était le droit ; elle a fait cesser les incertitudes ; l'œuvre du juge ne laisse plus de place à l'œuvre de la transaction.

Si cependant il y avait encore des doutes sur la valeur de la chose jugée, une transaction pourrait avoir lieu sans difficulté. *Si hoc ipsum incertum sit*,

---

(1) L. 83, § 2, D., *De verb. oblig.*

(2) Ulp., *Quasi de re dubiâ et lite incertâ* (l. 1, D., *De transact.*).

Infrà, n° 63.

(3) Ulp., l. 7, D., *De transact.*

Paul, lib. 1, *sentent.* 1.

dit le président Favre, *an sententia valeat, transactio valebit* (1).

C'est ainsi que l'on transige tous les jours sur les procès déférés à la Cour de cassation par des pourvois qui mettent en question la validité des décisions souveraines (2).

A plus forte raison n'y aurait-il pas de doute sur la légitimité de la transaction alors qu'il y a lieu à appel (3).

Mais, dans tous les autres cas où la chose jugée a acquis son dernier progrès par l'affranchissement de tout recours ultérieur, le traité ne saurait porter le nom de transaction. Les parties sont, sans doute, maîtresses de renoncer, de donner; mais elles ne transigent pas, elles font autre chose qu'une transaction. C'est cette idée qu'Ulpien a exprimée dans la loi 1, D., *De transact.* : « *Qui transigit, quasi* » *de re dubiâ et lite incertâ, neque finitâ transigit; qui* » *verò paciscitur, donationis causâ, rem certam et in-* » *dubitatam liberalitate remittit* (4). »

6. Pour que l'incertitude de l'affaire soit manifeste, il n'est pas nécessaire qu'un procès ait éclaté. Il suffit que le procès soit possible et qu'on conçoive à cet égard une crainte réelle (5). La

---

(1) Sur la loi 7, D., *De transact.*, d'après la loi 23, § 1, D., *De cond. indeb.*

(2) Argum. de la loi 11, D., *De transact.*
L. 32, C., *De transact.*
Favre, Code, 2, 4, 5. *Infrà*, nº 155.

(3) Lois précitées.

(4) V. *Infrà*, nºs 155, 156, 157.

(5) L. 65, § 1, D., *De condict. indebit.*

transaction le prévient par ses amiables accords. Elle est encore plus salutaire et plus utile quand elle va au devant des débats judiciaires que lorsqu'elle termine ceux qui ont commencé (1).

Ici, du reste, la crainte n'est pas prise dans le sens de l'art. 1112 du C. c. Il ne s'agit pas de cette crainte qui trouble la volonté et altère le consentement par un vice radical. C'est la crainte prudente de l'homme qui juge de sang froid et sait apprécier ce qu'il y a de fort et de faible dans une prétention.

Aux juges du fait appartient le pouvoir d'apprécier les circonstances d'où peut découler la preuve que la crainte d'une contestation existait. S'ils aperçoivent que les parties ont simulé une crainte apparente sur un droit qui n'était pas susceptible de contestation, ils n'hésiteront pas à enlever au contrat la dénomination trompeuse de transaction.

Du reste, ce n'est pas sans de graves motifs qu'ils se détermineront à déclarer le droit tellement certain qu'il ne pouvait faire l'objet d'une transaction (2). Il faut se mettre au point de vue des parties ; il faut faire la part de leurs passions, de leurs erreurs ; il faut se rappeler que la raison humaine est tellement faite, que bien souvent ce qui est certain en soi paraît douteux à bon nom-

---

(1) Favre sur la loi 1, D., *De transact.*

(2) MM. Duranton, t. 18, nos 395 et 398.
Zachariæ, t. 3, p. 137, note (2).
MM. Championnière et Rigaud, t. 1, no 674.

bre d'esprits prévenus. *Plùs est in opinione quàm in veritate*, a dit avec une haute sagesse un texte du droit romain (1). Le juge n'oubliera pas cette maxime : il recherchera moins le droit en lui-même que l'opinion que les parties en ont eue (2).

Cette remarque est importante ; elle a été perdue de vue plus d'une fois par des esprits trop enclins à oublier le caractère des transactions.

7. Ceci nous conduit à l'examen de la question de savoir si la transaction est un titre translatif ou un titre déclaratif.

Ce qui peut occasionner du doute, c'est que la transaction est considérée, sous beaucoup de rapports, comme une aliénation. *Qui transigit alienat* (3). Et, en effet, celui qui renonce à son droit, après avoir soutenu qu'il était fondé, fait un sacrifice ; à son égard le contrat peut prendre la couleur d'une aliénation. Mais l'autre partie en faveur de laquelle est faite la renonciation, et qui se prétendait également fondée en droit, n'entend pas qu'une aliénation soit faite à son profit. A ses yeux, on ne fait que lui laisser ce qui lui appartient, et reconnaître la justice de sa contestation.

Dans cet état de choses, que fait la loi? Elle ne se permet pas de juger les prétentions respectives; elle écarte tout débat ultérieur sur un contrat qui a eu pour but de mettre fin aux débats des parties (4).

---

(1) L. 15, D., *De acq. rer. dom.*

(2) Hervé, *Matières féodales*, t. 3, p. 133.

(3) Argum. de l'art. 2045.

(4) M. Merlin, *Répert.*, v° *Partage*, § XI.

Elle aime mieux supposer que chacun n'a fait que se rendre une justice volontaire et s'incliner devant la vérité.

En principe donc, et par sa nature, la transaction est purement déclarative; elle reconnaît le droit préexistant et ne le crée pas.

8. Cependant elle peut être quelquefois translative de propriété : c'est lorsque le véritable propriétaire abandonne une partie d'un droit certain moyennant la concession que lui fait le contrat. Mais (notons-le bien) dans ce cas le titre participe de la vente, et la partie à qui est fait un avantage possède *pro emptore* (1).

C'est ce qui fait dire à d'Argentré : « Fuit hic » titulus haud dubiè translativus; nec hæc pro- » priè transactiones sunt; protinùs emptiones esse » putandæ sunt (2). » C'était aussi la pensée de Dumoulin (3), et il faut tenir pour exagérée l'opinion de Tiraqueau (4) et autres (5) qui ont cru que la transaction est toujours translative. La vérité est, au contraire, qu'elle n'est translative qu'autant qu'elle renferme l'abandon d'un droit certain; cette circonstance la fait alors incliner vers la catégorie de la vente. Mais par sa nature elle est déclarative ; elle ne constitue pas un nouveau titre; elle ne fait que certifier le droit précédemment douteux; elle ne fait qu'écarter la controverse

(1) Mon com. de la *Prescript.*, t. 2, n° 882.

(2) Sur Bretagne, art. 265, ch. 3.

(3) § 33, glose 1, n° 67.

(4) *De retract. gentil.*, § 1, glose 14, n° 16.

(5) Fonmaur., n° 414.

qui obscurcissait ce droit. « *Est sola liberatio controversiæ*, » pour employer les paroles de Dumoulin (1).

9. Mais comment discerner les différents cas où la transaction est translative, et ceux où elle n'est que déclarative? Par sa nature, la transaction est *de re dubiâ*. Or, comment affirmer, en présence de cette incertitude, inséparable de toute transaction, et essentielle même dans ce contrat ; comment affirmer, disons-nous, que l'une des parties s'est véritablement dépouillée de ce qui lui appartenait certainement? N'est-il pas plus vraisemblable que celui qui est investi de la chose par l'effet de la transaction la possède désormais au titre dont il s'était prévalu avant la transaction? N'est-il pas censé avoir acquis le désistement d'un procès sur une chose, plutôt que la chose même (2)? « *Transactio*, dit d'Argentré, *litem et ambiguitatem dirimit; sed materiam primariam juris non generat et subjectum à se non habet, sed aliundè mutuatur* (3). » Nous disons donc que la couleur déclarative de la transaction est celle qui doit naturellement dominer ; il faut les preuves les plus claires et les plus imposantes pour voir dans la transaction une translation de propriété. Il ne faut pas facilement supposer qu'un contrat qui est *de re dubiâ* aura eu pour objet une

(1) *Junge* MM. Championnière et Rigaud, t. 1, n° 598.

Deluca dit très bien : *Id quod transigens obtinet, non dicitur obtinere jure novo, sed jure primævo* (*De feudis, disc.* 47, n° 9, et *De regalib., disc.* 93, n° 9).

(2) Pothier, *Communauté*, n° 164.

(3) P. 1020, col. 2, n° 6.

chose certaine ; il ne faut pas croire que les parties ont voulu s'écarter de la nature des choses et donner un faux nom à leur convention.

10. Il peut arriver cependant que, dans une transaction, l'une des parties donne à l'autre pour prix de sa renonciation une chose qui n'était pas la matière de la contestation. Par exemple : Pierre intente contre Paul une action en désistement de l'immeuble A, et Paul, pour le déterminer à faire cesser le procès, lui donne un arpent de pré situé dans un arrondissement voisin. Dans ce cas, il est bien évident que Paul a aliéné cet arpent de pré, et que Pierre l'a reçu à titre d'équivalent de sa renonciation. Sous ce rapport la transaction est translative. Mais elle n'est pas translative de l'immeuble qui faisait la matière du procès. A cet égard elle n'est que déclarative ; elle ne donne à Paul aucun droit nouveau (1).

11. Ces distinctions éclaircissent la question de la garantie en matière de transaction (2).

Quand l'une des parties donne à l'autre, pour prix de sa renonciation, une chose qui ne fait pas la matière de la contestation, la garantie est due tout aussi bien que dans la vente. Telle est la décision de la loi 3 au C., *De transact.* C'est un contrat *do ut facias.* La garantie y est de droit ; il serait souverainement inique que celui qui a fait abandon de ses prétentions moyennant une chose con-

(1) M. Merlin, v. répert., v° *Transaction.*

(2) Voet, *De evictionib.*, n° 10.
Pothier, *Vente*, nos 646 et 647.
MM. Championnière et Rigaud, n° 602.

venue fût privé de cette chose pendant que l'autre partie profiterait du bénéfice de la transaction. On applique donc ici les principes de la vente. Il n'est pas nouveau de les trouver dans les matières de la transaction (1).

12. Mais lorsque l'une des parties laisse à l'autre la chose même qui faisait l'objet de la contestation, l'éviction de cette chose ne saurait donner ouverture à garantie ; car celui en faveur de qui la renonciation a eu lieu n'a pas le droit de dire qu'il la tient du renonçant ; il a toujours soutenu ne la tenir que de lui-même. Sur quoi donc se fonderait la garantie ? Le renonçant, d'ailleurs, ne lui a pas promis de l'en faire jouir paisiblement ; il ne s'est engagé qu'à faire cesser ses propres prétentions. C'est encore la décision de la loi 3 au C., *De evict.*, telle qu'elle est entendue par les auteurs les plus accrédités (2).

13. Cependant, si l'une des parties reconnaissait, dans la transaction, que la chose appartenait à l'autre et qu'elle l'a acquise moyennant un prix payé à celle-ci, la garantie aurait lieu incontestablement (3). On sent qu'une telle transaction se rapproche plutôt de la vente que de toute autre convention (4).

14. La transaction est un contrat du droit des gens (5).

---

(1) Cujas, *consultat.* 48.

(2) Voët les cite (*loc. cit.*, n° 10).

(3) Pothier (*loc. cit.*).

(4) *Suprà*, n° 8.

(5) Valeron, *quæst.* 2.

On agitait beaucoup autrefois la question de savoir si elle était un pacte, ou un contrat, ou un distrat (1). Tout ce qui a été écrit sur ce point est infini. Heureusement que la bonne foi qui règne dans notre droit rend cette érudition inutile. Toutes les conventions sont obligatoires chez nous; toutes produisent des actions en justice. La transaction est un contrat (2) au même titre que la vente, le louage, la société. Ce contrat est consensuel, synallagmatique, commutatif et à titre onéreux.

15. Je dis que ce contrat est consensuel ; car le consentement suffit pour lui donner sa perfection. Il n'est pas de ceux qui, comme le prêt, le dépôt, s'accomplissent par la tradition de la chose.

16. J'ai ajouté que ce contrat est synallagmatique; car il impose des obligations réciproques. Chaque partie renonce à ce qu'elle dit être son droit, moyennant une concession que l'autre lui fait.

17. Et comme la renonciation de l'une est censée compensée par le sacrifice de l'autre, il s'ensuit que la transaction est un contrat commutatif.

18. C'est pourquoi elle ne saurait être confondue avec la donation (3). Les parties n'y agissent pas dans un esprit de libéralité ; elles pourvoient à leur intérêt propre.

19. Ce sacrifice dont nous venons de parler doit être mutuel. *Hinc et indè dari aut retineri necesse*

---

(1) Valeron, tit. 1, *quæst.* 3.

(2) Texte de l'art. 2044.

(3) Valeron, tit. 1, *quæst.* 7, n° 1.

est (1). Supposez qu'un héritier renonce à demander la nullité du testament qui le dépouille; ce n'est pas là une transaction. Car s'il a fait un sacrifice, son adversaire n'en a pas fait en sa faveur (2). Un tel engagement ne peut valoir que comme désistement ou renonciation (3). La règle en cette matière est donc celle-ci : « *Ad præcipuam » transactionis formam spectat quòd, aliquo hinc et indè » dato vel retento, fiat, et quod reciprocam habeat præsta- » tionem, et nec actori totum quòd petit absque aliquâ re- » tributione concedatur; nec etiam reus adeò liberatur » gratuitò quòd nihil eroget; ne aliàs transactio non tùm » onerosus contractus quàm gratuitus existimetur, et » transeat in donationem.* » Tel est le résumé donné par Valeron (4).

20. A la vérité, l'une des parties peut renoncer à la totalité de sa prétention, tandis que l'autre ne fait qu'un abandon restreint de ses droits; l'une peut même abandonner beaucoup pour peu recevoir. *Transactionibus receptum est ut pro modico magna amittamus* (5). Ceci n'est pas en contradiction avec le caractère commutatif que nous donnions tout-à-l'heure à la transaction; car ce ne sont pas les valeurs pécuniaires qu'il faut considérer exclusivement ici; il faut tenir compte de cet autre intérêt

---

(1) Favre, *Code*, 4, 3, note 8.
Valéron, tit. 1, *quæst.* 7, n° 6.
(2) L. 3, C., *De repud. vel abst. hæred.*
(3) MM. Championnière et Rigaud, t. 1, n° 610.
(4) Tit. 1, *quæst.* 7, n° 1.
(5) Argument de l'art. 2052 C. c.

que procure la transaction, savoir, le rétablissement de la concorde, l'affranchissement d'un procès, la cessation des inquiétudes.

21. Mais, ce point accordé, il n'en est pas moins certain que si la renonciation de l'un des contractants n'avait pas un corrélatif dans un sacrifice quelconque fait par l'autre, le contrat serait autre chose qu'une transaction. Domat a nié cette vérité; il a prétendu « que ce qui est dit dans la loi 38, » C., *De transact.*, qu'il n'y a point de transaction si » l'on ne donne et promet quelque chose, ne doit » pas être pris à la lettre. » Mais Domat me paraît être dans l'erreur; il n'est pas vrai, quoi qu'il en dise, qu'on puisse transiger sans rien donner, sans rien promettre, sans rien retenir. L'acte sera tout ce qu'on voudra; mais il ne sera pas une transaction.

Cette erreur de Domat est probablement la cause de l'imperfection que nous reprochions tout-à-l'heure à la définition de notre article (1). Elle a porté les rédacteurs du Code à croire que l'*aliquo dato vel retento* pouvait être omis dans les éléments de la transaction. Pothier manquait ici au législateur, et Domat, qui le remplaçait, n'est pas un guide aussi sûr que lui.

22. La transaction a souvent servi, dans la pratique, à simuler des conventions qui n'étaient que des cessions et transports véritables. C'est surtout pour frauder les droits d'enregistrement que ces

---

(1) *Suprà*, n° 4.

faux semblants sont mis en œuvre ; car les transactions ne sont soumises qu'à un droit fixe de 3 francs (1), tandis que les cessions et transports sont passibles du droit proportionnel. Mais la jurisprudence ne se laisse pas prendre à ces ruses désormais usées. Différents arrêts peuvent servir d'exemples (2). Ils se réfèrent tous à cette idée : Le droit transmis était-il certain, oui ou non? S'il était certain, l'acte n'est pas une transaction ; c'est une cession. Pour qu'il y ait transaction, il faut qu'il y ait doute sur le droit que l'on abandonne.

23. La transaction ne doit pas seulement être distinguée de la renonciation, de la donation et de la cession ; il faut encore la séparer de la ratification, et voici le point de différence :

La ratification suppose comme admise et incontestable la nullité qu'elle a pour but de couvrir. Au contraire, la transaction suppose qu'elle est douteuse. La ratification peut être gratuite; la transaction ne saurait l'être (3).

On ne demandera donc pas à la transaction les

---

(1) L. du 28 avril 1816, art. 43, n° 8.
MM. Championnière et Rigaud, t. 1, n° 595.

(2) 2 février 1808 (Dal., 7, 147).
M. Merlin, v° *Partage*, § XI.
30 oct. 1809 (Dal., 7, 147).
7 juin 1820.
MM. Championnière et Rigaud, t. 1 n° 616.

(3) MM. Championnière et Rigaud, t. 1, n° 619

formes exigées par les articles 1338 et 1339 du Code civil ().

24. Ce n'est pas non plus une transaction que le contrat par lequel un acquéreur qui a acheté à vil prix consent à payer un supplément pour éteindre ou prévenir un procès. Pour qu'il y eût transaction véritable, il faudrait que la somme eût été donnée comme prix du repos de l'acheteur, et non pas comme équivalent de la chose revendiquée et abandonnée (2). Ainsi, supposons que la vente ait été faite à juste prix, mais qu'ensuite un tiers se disant propriétaire de la chose et venant la revendiquer, l'acheteur consente à lui payer une somme d'argent; c'est là une transaction, *sola liberatio controversiæ* (3). L'acheteur est censé avoir voulu échapper à une poursuite désagréable. « *Breviter dico* (je cite Dumoulin), *quòd si priùs emit* » *justo et integro pretio....., tunc nullum est novum,* » *laudimium; quia justo pretio semel emit, et tali quo* » *res deberet esse sua perpetuò et incommutabiliter; et* » *quòd nunc aliud pretium addit, censetur causâ vexatio-* » *nis redimendæ facere.....* »

Mais si l'acheteur avait acheté à vil prix, il en serait autrement. Ce qu'il paierait pour parfaire serait censé donné pour rendre la vente parfaite.

---

(1) M. Merlin s'est livré à de nombreuses subtilités sur cette proposition, bien simple cependant (Répert., v° *Transaction*, § 5, p. 84, 85 et suiv.).

(2) Poquet de Livonières, liv. 3, ch. 1, p. 142.
Dumoulin, art. 78, glose 1, n°s 125 et 140.

(3) MM. Championnière et Rigaud, t. 1, n°s 622 et suiv.

Ce serait un supplément de prix, à raison duquel les droits d'enregistrement seraient dus. *Secùs*, continue Dumoulin, *si Titius initio, vili pretio emisset. Quia tunc, quod ad redimendum datur, tanquàm de justo pretii totius fundi supplemento; nova jura utilia debentur* (1).

25. La transaction diffère du compromis (2). Dans la transaction, le parties se font elles-mêmes juges de leur différend. Par le compromis, les parties, loin d'être leur propre juge, se donnent au contraire un juge de leur choix qui est substitué au juge ordinaire chargé de terminer le litige.

26. La transaction est souvent comparée à la chose jugée (art. 2052); elle en diffère cependant par des points que nous ferons ressortir plus tard.

27. La transaction n'est pas un de ces contrats solennels dont la validité dépende de certaines formalités spéciales; une transaction verbale, avouée par les parties, a la même autorité qu'une transaction écrite (3). « Sive apud acta rectoris provin-» ciæ, » disent les empereurs Dioclétien et Maximien, « sive *sine actis, scripturâ intercedente*, vel non, » transactio interposita est, hanc servari conve-» nit (4). »

---

(1) *Loc. cit.*, n° 125.

(2) Caccialupus, *De transact.*, § 3, n° 4.
Au *Tract. tract.*, t. 6.
M. Toullier, t. 10, n° 377. *Infrà*, n°s 86 et 93.

(3) M. Delvincourt, t. 3, p. 477.
Bruxelles, 1er déc. 1810 (Dalloz, *Transaction*, p. 672).

(4) L. 28, C., *De transact.*

Mais quand l'existence d'une transaction est mise en question, la preuve extérieure à fournir au juge ne saurait être qu'une preuve littérale. Il faut un acte écrit qui atteste que les parties ont transigé. C'est ce que veut dire notre article quand il s'exprime ainsi : *Ce contrat doit être rédigé par écrit.* Ceci ne signifie pas que l'écriture est substantielle dans la transaction ; car une transaction verbale avouée est une transaction valable (1) ; mais le sens de cette disposition est que, en cas de contestation, la seule preuve admissible de l'existence d'une transaction est la représentation de l'écrit qui la contient ; et cela, lors même qu'il s'agirait d'une valeur inférieure à 150 fr.

28. Quelle est la raison de cette exception au droit commun? C'est que la transaction, qui a été introduite dans la jurisprudence pour prévenir ou assoupir les procès, ne doit pas en faire naître. Une contestation pour savoir s'il y a eu un acte qui coupe court aux contestations des parties serait en contradiction avec le but de la transaction (2).

29. Beaucoup de bons esprits pensent cependant que le serment décisoire peut être déféré à la partie qui dénie l'existence d'une transaction (3). Ils se

---

(1) M. Merlin, Q. de droit, v° *Transaction*, § 8, n° 3.
M. Zachariæ, t. 3, p. 141.

(2) Disc. du tribun Albisson (Fenet, t. 15, p. 115).

(3) MM. Delvincourt, t. 3, p. 477; et Duranton, t. 18, n° 406.
Nancy, 29 juillet 1837 (Devill., 39, 2, 140; Dal, 38, 2, 221).
Bruxelles, 1er déc. 1810 (Dal., *Transaction*, p. 672).

fondent sur ce que le serment peut être déféré en tout état de cause (art. 1348 C. c.); que si notre article a prescrit l'écriture pour la preuve d'une transaction souvent compliquée dans ses stipulations, il ne l'a pas fait à peine de nullité, comme dans le cas de l'art. 931 relatif à une donation; qu'il n'a pas non plus employé les termes impératifs des art. 1394 et suivants concernant les conventions matrimoniales (1).

Un arrêt de la Cour royale de Montpellier, du 3 décembre 1825 (2), décide au contraire que l'article 2044 n'admet d'autre preuve que l'écriture, et que le serment serait inutile et frustratoire.

Je pense, contre l'opinion commune, que ce dernier sentiment est le meilleur. La nature particulière de la transaction a fait exiger la preuve écrite (3) afin de prévenir tout débat sur l'existence d'un acte destiné à mettre les parties d'accord. Le serment litisdécisoire est donc un moyen de preuve qui répugne à la nature de ce contrat. Il suppose un procès sur la preuve, et la loi ne veut pas qu'il puisse y en avoir. Toute transaction non rédigée par écrit n'est pas censée sérieuse aux yeux de la loi; il n'y a que l'aveu des parties qui puisse la faire échapper à cette présomption.

---

(1) Arrêt de Nancy précité.

Et M. Merlin (*loc cit.*).

(2) Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la ch. des req. du 7 juillet 1829.

Devill., 9, 1, 326.

(3) M. Albisson (*loc. cit.*).

M. Merlin argumente des art. 1854 et 1923 pour démontrer qu'il ne faut pas donner à l'art. 2044 plus de portée qu'à ces deux articles. Ce que l'on peut faire dans le cas des art. 1854 et 1923, M. Merlin veut qu'on puisse le faire dans le cas de l'article 2044. Mais son erreur est grande. Les articles 1854 et 1923 ne font que rappeler le droit commun; ils se lient par conséquent à toutes les dispositions du droit commun qui règlent la preuve des obligations. Au contraire, l'art. 2044 sort du droit commun ; il crée un droit exceptionnel. Il ne veut pas même que la transaction sur des objets d'une valeur inférieure à 150 fr. soit prouvée autrement que par écrit!! M. Merlin n'est donc pas fondé à établir une parité entre les articles 1854, 1923 et l'art. 2044; ce dernier article doit produire des conséquences autres que les art. 1854 et 1923.

De ceci il ne résulte pas que l'écriture est substantielle dans la transaction ; non! car l'aveu des parties peut suppléer à l'écriture. Mais ce que nous voulons dire, c'est que toute transaction non avouée ou non écrite n'est pas censée sérieuse, définitive et arrêtée; c'est que la loi ne veut pas qu'on engage des procès sur l'existence d'un acte qu'on n'a pas cru digne de l'écriture.

30. M. Merlin ne se contente pas de cette première atteinte à l'art. 2044. Il veut qu'on puisse prouver une transaction par témoins lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. M. Merlin n'est pas arrêté par la déclaration du tribun Albisson, qui a dit en toutes lettres que, d'après la na-

ture particulière de la transaction, on ne doit pas faire dépendre ce contrat amiable de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une preuve testimoniale (1). Mais il est évident que M. Merlin tombe ici, contre son ordinaire, dans l'exagération. M. Zachariæ n'a pas osé le suivre sur ce terrain (2), et déclare cette opinion sujette à difficulté.

31. Je repousse aussi, contre l'autorité d'un arrêt de Bruxelles du 1er septembre 1810 (3), l'interrogatoire sur faits et articles. Il est déplorable d'ouvrir la lutte judiciaire sur l'existence d'un acte destiné à la fermer. Qui empêchait les parties de conclure leurs accords par écrit, s'ils étaient définitifs?

32. Peu importe, du reste, que l'acte écrit soit authentique ou sous seing privé.

33. Quand les contractants donnent la préférence à la forme de l'acte sous seing privé, ils doivent le rédiger en autant d'originaux qu'il y a d'intéressés. La transaction est un contrat synallagmatique où doivent être observées les dispositions de l'art. 1335.

34. Quelquefois la transaction, après s'être faite verbalement, se traduit en un acte d'exécution unilatérale, en un paiement d'une somme d'argent. Dans ce cas, la quittance qui déclare que

---

(1) Fenet (*loc. cit.*).

(2) T. 3, p. 141. *Junge* M. Marbeau, n° 204.

(3) Précité, au n° 27.

tout est consommé est valable, quoiqu'elle ne soit pas en double original.

Par exemple, je demande à Paul 15,000 ; lui, il prétend ne devoir que 5,000 ; nous transigeons, et il se reconnaît mon débiteur de 10,000. Aucun acte de cette transaction n'est dressé ; mais plus tard Paul me paie les 10,000, et je lui en donne quittance, ainsi que de tout ce qui m'était dû par lui (1). Cette quittance est bonne, quoique non rédigée en double original.

35. Bien plus, si, abstraction faite de tout paiement effectif, Paul avait souscrit un billet de 10,000 dans une forme unilatérale, ce billet n'en serait pas moins bon (2) ; car il n'a pour but que la constatation et la preuve d'une obligation unilatérale. Peu importe qu'il soit la conséquence d'une transaction non représentée ou non écrite ; il en est la conséquence sans doute, mais il n'en est pas la preuve directe. Il ne prouve qu'une seule chose, l'obligation de payer 10,000, et cette oblition est unilatérale (3).

36. Ce n'est pas seulement par acte sous seing privé ou par acte notarié que peut se faire la transaction ; un procès-verbal, dressé par le juge de paix en bureau de conciliation, en constate aussi l'existence et lui donne la force d'une obligation privée (4). Ce procès-verbal participe cepen-

---

(1) Paris, 2 mai 1815 (Devill., 5, 2, 38).

(2) Cassat., 26 oct. 1808 (Devill., 2, 1, 295).

(3) M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Double écrit*, § 2.

(4) Art. 54 C. p. c.

dant de l'acte authentique en ce qu'il fait foi de sa date et n'est pas soumis à la vérification d'écriture; mais il n'a pas la force d'un acte authentique en ce qu'il ne peut servir de titre pour exécuter le débiteur et conférer hypothèque (1).

37. La transaction affecte fréquemment aussi la forme du jugement d'expédient, autrement appelé *jugement convenu* (2). Les parties, après être convenues elles-mêmes du jugement, le rédigent et le présentent, revêtu de la signature de leurs avoués, au tribunal qui le reçoit et l'homologue (3). Cet usage, quoique ancien (4), est abusif; il est irrespectueux envers les magistrats; le juge qui a le sentiment de son devoir et de sa dignité ne doit pas consentir à être ainsi un instrument passif. Sans doute, il est permis aux parties de se mettre d'accord par leurs conclusions, et le juge ne peut se refuser de leur en donner acte (5). Mais les parties doivent se renfermer dans de simples conclusions; il ne leur appartient pas de rédiger un jugement; il ne leur appartient pas de présenter

---

(1) Mon com. des *Hypothèques*, t, 2, n° 448.

(2) V. là-dessus Valeron, tit. 1, q. 6;
Et Carré, n° 1631.

(3) M. Merlin, Répert., v° *Expédient*.
Valeron, t. 1, *quæst.* 6.

(4) L. 1, § *Indè querit.*, D., *De operis novi nuntiat.*
L. *Constante*, C., *De donat. aut nuptias.*
L. *Si convenerit.*, D., *De re judicatâ.*
L. 21, D., *comm. divid.*
L. 40, § 1, D., *De pactis.*

(5) Mon com. des *Hyp.*, t. 2, n° 448.

au juge une sentence préparée d'avance. La sentence doit être l'œuvre du juge ; elle doit être le résultat d'un examen libre.

On sait d'ailleurs quel est l'effet de ces jugements convenus, dans lesquels la main des parties se montre à découvert, et qui portent en eux la preuve d'un fait privé plutôt que la preuve d'un fait public. Ils ne valent que comme transaction et comme convention, et lorsque les parties ne sont pas maîtresses de leurs droits, ils ne peuvent jamais passer en force de chose jugée (1) ; tellement, que la transaction qu'ils contiennent peut toujours être attaquée par action principale sans qu'il soit nécessaire d'interjeter un appel (2).

Eh bien ! n'est-ce pas là une situation qui rabaisse l'autorité de la justice ? N'est-ce pas compromettre le pouvoir judiciaire et la puissance de ses décisions ?

Je dis donc que les parties ne peuvent procéder que par voie de conclusion. Je dis qu'il faut que le juge conserve toujours le droit de repousser leurs accords si de la teneur des conclusions elles-mêmes, ou de la qualité des personnes, ou de l'objet de leur accommodement, il résulte la preuve de quelque empêchement légal (3). Je dis qu'il faut que les choses se passent toujours de manière à ce que rien ne fasse supposer que le juge a abdiqué

---

(1) M. Merlin, Répert., v° *Jugement*, § 1.
Valeron, *loc. cit.*, n° 6.

(2) Turin, 29 juillet 1809 (Dev. 3, 2, 110).

(3) Valeron (*loc. cit.*), n° 5.

sa liberté et qu'il s'est mis à la suite des parties.

Alors, mais alors seulement, les jugements rendus par suite d'un mutuel consentement ont le caractère de vrais jugements; alors ils ont l'empreinte de la chose jugée; ils ne sont susceptibles que des recours par lesquels les jugements peuvent être attaqués, et ils ne peuvent être atteints par action principale en nullité (1).

38. Il arrive assez souvent que les parties qui veulent transiger remettent à un amiable compositeur un blanc-seing sur lequel ce dernier est autorisé à écrire les pactes qui doivent les mettre d'accord. On a prétendu qu'une transaction ainsi faite est nulle, car les parties n'ont pas connu la nature et la force des engagements qui portent leur signature. Mais la jurisprudence et la doctrine ont condamné cette opinion (2). Le blanc-seing est une procuration. L'amiable compositeur a eu unman-

---

(1) M. Zachariæ, t. 3, p. 139, *note*, après avoir cité M. Carré et autres, et émis l'opinion que les jugements convenus ne peuvent être attaqués par action principale, croit que M. Merlin est d'opinion contraire. Il se trompe. M. Merlin ne parle que des jugements convenus rédigés par les parties et homologués par le juge. Dans ce cas M. Merlin a raison. Mais il ne parle pas du cas où il n'y a eu que des conclusions.

(2) Rennes, 28 avril 1818 (Devill., 5, 2, 379).
MM. Merlin, Répert., v° *Blanc-seing*.
Toullier, 8, 263.
Carré, n° 4492.
Pigeau, t. 1, p. 76, etc., etc.

dat valable ; il suffit qu'il en ait usé sans dépasser ses pouvoirs.

Au surplus, si l'on voulait ne pas s'écarter d'une parfaite exactitude, on devrait décider que l'acte de l'amiable compositeur tient plutôt de l'arbitrage que de la transaction. Il est moins une transaction qu'une décision. Ce ne sont pas les parties qui se font justice elles-mêmes, comme il doit arriver dans toute transaction proprement dite ; c'est un tiers choisi par elles qui les juge en dernier ressort.

ARTICLE 2045.

Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction.

Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou l'interdit que conformément à l'article 467 au titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ;* et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 au même titre.

Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi.

ARTICLE 2046.

On peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit.

La transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public.

SOMMAIRE.

39. Division de la matière.

§ 1. Des personnes capables de transiger.

40. La transaction, quoique déclarative de sa nature, est rangée parmi les actes de disposition. Raison de ceci.

41. On ne peut transiger que lorsqu'on peut disposer des objets compris dans la transaction.

42. Du mineur.

Du tuteur.

43. Le mineur sorti de tutelle est incapable de transiger avec son tuteur tant que ce dernier n'a pas rendu son compte.

44. Suite.

45. Du mineur émancipé.

46. Suite.

47. Suite.

48. De l'émancipé commerçant.

49. Des interdits.

50. Du prodigue et de celui qui est placé sous conseil judiciaire.

51. De la femme mariée.

52. Suite.

53. De la transaction entre époux.

54. Des communes et établissements publics.

55. Suite.

56. Du failli.

Des syndics.

§ 2. Des choses qui peuvent être l'objet d'une transaction.

57. Principe qui domine les articles 2045 et 2046. Exemple donné par l'art. 2046.

Des transactions sur l'intérêt civil d'un délit. Défectuosité du droit romain sur ce point de droit. État de la jurisprudence française.

58. La transaction faite par un prévenu n'est pas toujours une preuve de sa culpabilité.

59. La transaction faite par le plaignant partie civile ne le dispense pas des frais envers l'État.

60. On ne peut transiger sur les délits à venir.

61. La transaction sur un dol n'est valable que lorsqu'elle est elle-même exempte de dol.

62. Exemple donné par Casaregis où les intérêts objets de la transaction n'étaient pas douteux et où alors il ne restait plus qu'une donation *ob turpem causam.*

63. On ne peut transiger sur les matières indisponibles et supérieures aux conventions des parties.

Des transactions sur l'état, la légitimité, la filiation, le mariage.

Distinction à faire.

64. Autre.

65. Transaction sur la liberté.

66. Transaction sur la qualité de sujet français.

67. Transaction sur la filiation.

Exemple de transaction sur filiation naturelle.

68. Du cas où les intérêts civils se trouvent réglés d'une manière indivisible avec l'état lui-même. Nullité de la transaction dans cette hypothèse.

69. Quand la transaction est favorable à l'état des personnes, on peut toujours l'opposer à ceux qui ont reconnu cet état.

70. Des transactions sur les causes matrimoniales.

Espèce jugée par la Cour royale de Bastia.

71. Point de fait.

72. Raisons de douter.

73. Raisons de décider.

Cas où la volonté de l'homme a prise sur l'état civil.

74. Reconnaissance d'un enfant naturel.

75. Reconnaissance de la qualité d'enfant légitime.

76. Validité d'une transaction faite par un père pour ne pas attaquer un mariage fait sans son consentement par son fils.

77. Puissance de la volonté des époux pour ne pas attaquer un mariage nul parce qu'il n'a pas été célébré devant l'officier compétent.

78. Suite.

79. Conclusion : qu'il ne faut pas dire d'une manière trop rigoureuse que l'état est toujours supérieur à la volonté privée.

80. Nulle transaction ne peut annuler un mariage existant.

Nulle transaction ne peut en affaiblir le lien.

81. Nulle transaction ne peut faire non plus qu'un mariage qui n'existe pas existe.

82. *Quid* si l'acte de célébration est représenté ?

On ne peut valider par transaction un mariage incestueux.

Mais on peut valider par transaction un mariage atteint d'un vice qui n'est pas contraire à l'honnêteté publique.

83. C'est sous ce point de vue que le droit canonique décide qu'on peut transiger pour valider un mariage.

C'est aussi le sentiment des auteurs.

84. Suite.

85. Réponse aux objections.

86. Réponse à l'art. 1004 du C. p. c.

87. Explication d'une opinion de M. Daniels.

88. Application de ces principes.

89. Après la dissolution du mariage, on peut transiger sur les intérêts matrimoniaux.

90. Suite.

91. *Quid* pendant le mariage ?

92. Suite.

93. Des transactions sur les aliments.

94. Distinction de l'ancien droit.

95. On ne peut par transaction se priver des aliments dus *jure sanguinis*.

96. Explication de ceci.

97. Des transactions sur les aliments dus par contrat, donation ou testament.
98. Examen et réfutation d'un arrêt de la Cour de Nîmes.
99. Des transactions sur les choses laissées par testament. Est-il vrai que la transaction n'est valable qu'autant que le testament a été vu et lu?
100. Suite.
101. Des transactions sur choses grevées de fidéicommis.
102. De la transaction sur chose soumise à l'emphytéose.

COMMENTAIRE.

39. Les art. 2045 et 2046 traitent de la capacité nécessaire pour transiger et des objets que la transaction peut embrasser. Ces articles comptent parmi les plus importants du titre que nous commentons. Nous diviserons en deux parties le commentaire qui s'y rapporte. Nous traiterons, en premier lieu, de la capacité des personnes; nous parlerons, en second lieu, des objets de la transaction.

§ 1. *Des personnes capables de transiger.*

40. La transaction a toujours été rangée parmi les actes de disposition. Bien que la transaction ne soit pas, en soi et par sa nature, translative de la propriété; bien qu'elle soit plutôt déclarative, ainsi que nous l'avons exposé ci-dessus (1), il n'en est pas moins vrai que, par rapport à la partie qui croyait être fondée en droit et qui consent à se donner tort, elle est un sacrifice, une aliéna-

(1) Nos 7 et suiv.

tion. C'est en ce sens que les jurisconsultes ont popularisé cet adage : *Qui transigit alienat* (1).

41. Il suit de là que, pour pouvoir transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. L'incapable de disposer est incapable de transiger (2).

42. Il suit de là que le mineur ne peut faire une transaction valable.

Il y a plus : son tuteur ne peut transiger en son nom qu'après avoir été autorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur du roi du tribunal de première instance. La transaction, pour être valable, doit même être homologuée par le tribunal, après avoir entendu le procureur du roi (3).

Mais, bien que l'omission de ces formalités soit une cause de nullité (4), néanmoins cette nullité n'est que relative; le mineur seul peut s'en prévaloir.

43. Le mineur sorti de tutelle et devenu majeur reste encore incapable de transiger avec son tuteur, sur le compte de tutelle, tant que le tuteur n'a pas rendu son compte (5). La loi est ici

---

(1) Tiré des lois 4, C., *De prædiis minor* (Valér. et Gallien), et 1, § 9, D., *Si quid in fraud. patron.* (Ulp.).

(2) Valeron., t. 4, *quæst.* 1, n° 1, et Urceolus, *quæst.* XI, n°s 2 et suiv.

(3) Art. 467 C. c.
M. Toullier, t. 2, n° 1241.

(4) Art. 467.

(5) Art. 472 C. c.;
Et art. 2043.

très prévoyante; elle craint l'impatience d'un jeune homme de 21 ans qui brûle d'entrer dans l'exercice de ses droits, même au prix de sacrifices onéreux; elle craint aussi l'influence du tuteur; elle se méfie d'une gestion qui se cache et vient s'abriter derrière une transaction faite sans connaissance de cause.

44. Mais le mineur devenu majeur pourrait-il transiger avec le tuteur qui n'aurait pas encore rendu son compte, lorsqu'il s'agit d'intérêts étrangers au compte de tutelle ?

Cette question ne peut se présenter que dans le cas où des biens sont échus au mineur après sa majorité; alors il est évident que le tuteur n'a pu s'en occuper et qu'il ne doit pas compte de leur administration. Cette hypothèse étant donnée, j'admets la possibilité de la transaction entre le mineur devenu majeur et le tuteur, encore bien que ce dernier n'ait pas rendu son compte.

Mais, dans les autres cas, c'est-à-dire toutes les fois qu'il s'agit d'un intérêt ouvert au mineur au commencement de la tutelle, il est évident que toute transaction qui porterait là-dessus tomberait sous la prohibition de notre article; car, de deux choses l'une : ou le tuteur a négligé de s'occuper de cet intérêt, et il y a de sa part une omission dont il doit compte ; ou il s'en est occupé, et bien certainement la transaction porterait alors sur un chef qui doit trouver sa place dans le compte.

En un mot, à part les biens obvenus après la majorité, je ne vois pas comment il peut se faire qu'il existe dans le patrimoine du mineur un in-

térêt que le tuteur ne soit pas chargé d'administrer et dont il ne doive compte lors de la cessation de ses fonctions.

45. Le mineur émancipé, ayant la libre disposition de ses fruits et revenus, peut transiger sur cette sorte de biens (argument de l'art. 481) ; et encore sa transaction serait-elle nulle si elle embrassait des fruits et revenus au delà de neuf ans (art. 481).

Il peut transiger aussi sur les actes de pure administration ; car l'administration de ses biens meubles et immeubles lui appartient.

46. Mais lui suffit-il de l'assistance de son curateur pour transiger sur un capital mobilier (argument de l'art. 482) ? Cette question partage les auteurs. MM. Favart (1) et Marbeau (2) tiennent l'affirmative.

Au contraire, MM. Duranton (3) et Zachariæ (4) pensent que cette assistance du curateur est insuffisante et que le mineur émancipé ne peut échapper, même lorsqu'il s'agit d'un capital mobilier, aux formalités auxquelles les transactions des mineurs sont assujéties. Leur motif est que le mineur émancipé n'a pas la libre disposition de son capital mobilier, puisque, d'après l'art. 482, le curateur doit en surveiller l'emploi ; que, d'un autre côté, l'art. 484 veut que tout ce qui excède les bornes de l'administration reste soumis aux pré-

(1) Répert., v° *Transaction*.
(2) N° 67.
(3) T. 18, n° 407.
(4) T. 3, p. 141.

cautions qui protégent la minorité, et ici il s'agit de quelque chose de plus que d'un acte d'administration; qu'enfin, la loi du 24 mars 1806 requiert l'avis du conseil de famille pour transférer une inscription de rente sur l'État excédant 50 fr., soit que le mineur créancier soit émancipé ou non.

Ces raisons me paraissent victorieuses.

47. Par le même motif, le mineur émancipé ne peut transiger, même avec l'assistance de son curateur, sur le compte de la gestion de son tuteur (1).

A plus forte raison les transactions qui ont pour objet les droits immobiliers du mineur émancipé ne sont-elles valables qu'avec l'accomplissement des formalités édictées par l'art. 467.

48. Quant à l'émancipé commerçant, comme il est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce (2), il peut évidemment transiger sur ce qui concerne son négoce.

Et toutefois, dans le cas où la transaction tendrait à le dépouiller d'un immeuble, il résulte de l'art. 6, § 2, du C. de com., qu'elle serait nulle si l'on n'avait observé les règles de l'art. 467. Le mineur négociant peut bien hypothéquer ou engager ses immeubles (3); mais il n'a pas capacité pour les aliéner (4).

---

(1) M. Zachariæ, t. 3, p. 141.
Contrà M. Marbeau, *loc cit.*

(2) Art. 487 C. c.

(3) Art. 6 C. de c.

(4) Même article.
M. Marbeau, n° 68.

49. Les interdits sont assimilés aux mineurs. Nous n'avons rien de particulier à dire sur leur situation.

50. Le prodigue ne peut transiger sans l'assistance de son conseil (1).

Il en est de même de celui qui a été placé sous un conseil judiciaire, d'après l'art. 499 du C. c.

51. Une femme mariée ne saurait transiger sans l'autorisation de son mari, ou, à défaut, sans autorisation de justice.

Mais la femme séparée de biens pouvant disposer de son mobilier et l'aliéner sans autorisation (2), il s'ensuit qu'elle a capacité pour transiger là-dessus (3).

52. La femme mariée sous le régime dotal ne peut, quoique autorisée de son mari, abandonner par transaction des biens que la loi déclare inaliénables (4). Toutefois une transaction par laquelle la femme autorisée s'engagerait à payer une somme d'argent pour conserver son bien dotal devrait être maintenue (5).

53. Entre époux, toute transaction est nulle. *Transigere est alienare.* Dès lors on peut appliquer ici

---

(1) Art. 499 et 513 C. c.

(2) Art. 1449 C. c.

(3) M. Marbeau, n° 94.
M. Duranton, t. 18, n° 409.

(4) M. Zachariæ, t. 3, p. 140.

(5) MM. Zachariæ, *loc. cit.* ;
Et Duranton, t. 18, n° 407.

l'art. 1595 du C. c. sur les ventes entre époux(1).

Mais les exceptions par lesquelles l'art. 1595 tempère la prohibition de vendre entre époux doivent également s'étendre à la transaction.

54. Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du roi.

Les formalités à observer par les communes pour transiger valablement sont tracées dans un arrêté du 22 frimaire an VII :

Art. 1. « Dans tous les procès nés et à naître qui » auraient lieu entre des communes et des parti- » culiers sur des droits de propriété, les communes » ne pourront transiger qu'après une délibération » du conseil municipal, prise sur la consultation » de trois jurisconsultes désignés par le préfet du » département, et sur l'autorisation de ce même pré- » fet donnée d'après l'avis du conseil de préfec- » ture.

» Art. 2. Cette transaction, pour être définitive- » ment valable, devra être homologuée par un ar- » rêté du gouvernement rendu dans les formes pres- » crites pour les règlements d'administration » publique (2). »

55. En ce qui concerne les transactions entre les établissements de bienfaisance et les tiers, un arrêté de messidor an IX prescrit des formalités un peu différentes (art. 15).

Le comité consultatif peut transiger sur tous les droits litigieux. Les transactions peuvent recevoir

---

(1) M. Marbeau, n° 101.

(2) V. M. Leber, *Hist. critique du pouvoir municipal*, p. 549.

leur exécution provisoire; mais elles ne sont définitives et irrévocables qu'après avoir été approuvées par le gouvernement; à l'effet de quoi elles sont transmises au ministre de l'intérieur, revêtues de l'avis des sous-préfets et préfets.

56. Il nous reste à dire un mot sur l'incapacité de failli : dessaisi de l'administration de ses biens, privé du droit d'en disposer, il ne peut par conséquent pas transiger.

Mais, au milieu des complications d'affaires qui suivent une faillite, une transaction peut souvent être avantageuse. La loi a prévu ce cas. Elle organise en conséquence le droit des syndics pour arriver à des transactions prudentes et profitables. On peut consulter les art. 487 et 535 du nouveau titre des faillites.

§ 2. *Des choses qui peuvent être l'objet de la transaction.*

57. L'art. 2045 veut qu'on ne puisse transiger que sur les choses dont on a la disposition. Puis, à côté de ce précepte général, l'art. 2046 donne un exemple. Pour le surplus, le Code s'en rapporte aux principes généraux. Il suppose ces principes connus, et croit inutile de rappeler qu'il n'y a pas de convention valable sur les choses qui ne sont pas dans le commerce, sur les choses impossibles, sur les choses contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, etc., etc. Il ne veut donc résoudre spécialement qu'une seule question de détail. Peut-on transiger sur un délit? Noodt a écrit sur ce sujet

un petit traité en vingt-trois chapitres (1). Le Code civil lui devait au moins les honneurs d'un article spécial.

En droit romain (2), cette question de savoir jusqu'à quel point et dans quelle mesure la transaction était permise sur les délits était fort compliquée (3). En voici quelques aperçus:

En ce qui concerne les délits privés, tels que le larcin et l'injure, les parties avaient toute liberté de transiger (4).

On pouvait également transiger sur les crimes publics qui entraînaient la peine capitale. Cette faculté, fort extraordinaire au premier coup d'œil, était fondée sur le motif qu'on ne peut interdire à un homme les moyens de sauver sa vie (5).

L'adultère était excepté (6).

Mais lorsqu'il s'agissait d'un crime qui n'emportait pas la peine capitale, la transaction n'était pas permise (7). On ne trouvait pas alors ce motif d'in-

---

(1) Intitulé : *Diocletianus et Maximianus, sive de transactione et pactione criminum.*

(2) V. la loi 18, C., *De transact.*

(3) Vinnius, *De transact.*, c. 7.
Cujas, VI, *observ.* XI.
Fachin., *Controv.*, lib. 1, c. 9.
Voët, ad Pand., *De transact.*, n° 17.

(4) L. 7 et 27, D., *De pactis.*
M. Bigot, Exposé des motifs.
Fenet, t. 15, p. 105.

(5) Vinnius, *loc. cit.*, n° 3.

(6) *Id.*, n° 17.

(7) L. 18, C., *De transact.*

dulgence et de commisération qui faisait admettre une transaction pour sauver une tête.

Le crime de faux était-il excepté? Les uns tenaient l'affirmative. D'autres donnaient à la loi 18, C., *De transact.*, un sens négatif. L'obscurité de cette loi rendait le doute presque insoluble.

Tel était le système du droit romain; système bizarre et défectueux. Il n'a jamais été suivi en France. La création d'un pouvoir public chargé de la poursuite des délits repose sur cette idée que la vindicte publique est un droit social auquel les conventions privées ne peuvent porter atteinte. Que les parties transigent sur le dommage privé qui résulte du délit, elles le peuvent. Mais le dommage social reste, et le ministère public doit en poursuivre la réparation. En un mot, un délit (et, par ce mot délit, la loi entend les crimes proprement dits aussi bien que les délits correctionnels et les contraventions), un délit peut donner ouverture à une action civile ou à une action publique. L'action civile est du domaine privé; il est permis de transiger sur l'intérêt qu'elle discute; c'est pourquoi il a été jugé qu'on peut transiger sur une action en restitution d'intérêts usuraires (1). Mais l'action publique appartient (comme son nom le dit assez) à l'ordre public. Aucune transaction ne saurait en arrêter les effets. Le ministère public à qui elle appartient conserve toujours le droit de

---

(1) Ch. civ., 21 nov. 1832 (D., 33, 1, 6).
9 fév. 1836 (D., 36, 1, 173; Dev. 36, 1, 88).

poursuivre le délinquant et de faire prononcer contre lui les peines édictées par la loi. Une transaction entre le ministère public et le délinquant serait même un délit (1).

L'art. 249 du C. de pr. c. nous offre une application très remarquable de ce grand principe de notre droit public qui laisse l'action publique indépendante des conventions des parties. Lorsqu'une poursuite de faux incident est arrêtée par une transaction, la loi veut que cette transaction ne puisse être homologuée en justice sans que le ministère public n'ait été mis à même d'examiner les faits et de faire telles réquisitions et telles réserves que de droit (2).

58. Du reste, la transaction faite par le prévenu n'est pas nécessairement une preuve de sa culpabilité (3); il peut avoir été amené à transiger par la crainte des désagréments d'une procédure environnée de scandale, et souvent humiliante ou fâcheuse même pour un innocent. Néanmoins, il y a aussi des cas où la transaction serait difficile à expliquer si elle n'avait pas pour cause la culpabilité du prévenu (4). Tout dépend des circonstances; et d'ailleurs il s'agit ici d'un de ces arguments qui

---

(1) M. Bigot de Préameneu (*Exposé des motifs*) (Fenet, t. 15, p. 106).

(2) M. Bigot, *loc. cit.*, p. 106.

(3) *Id.*, p. 105, 106.

(4) Argument de la loi 4, § 5;
Et de la loi 5, D., *De his qui not. infamiâ.*

sont abandonnés à l'appréciation du jury ou des tribunaux. Il faut en user avec sobriété.

59. Quand le plaignant qui s'est constitué partie civile transige, cette transaction n'empêche pas la disposition de l'article 157 du tarif des frais qui fait retomber sur la partie civile les frais du procès, sauf son recours contre le condamné.

60. S'il est permis de transiger sur les dommages civils d'un délit accompli, il n'est jamais licite de transiger sur un délit à venir (1). Ce serait inviter au crime. On ne pourrait donc pas, par voie de transaction, valider pour l'avenir un contrat usuraire (2).

61. Maintenant, il y a à faire sur ce sujet une remarque importante.

Nul doute que la transaction qui a pour but de faire remise du dol, ou de régler amiablement les effets des dommages auxquels il peut donner lieu, ne soit immuable. Mais ne confondons pas avec une transaction de cette nature la transaction qui ne serait que la suite de ce dol, et où le dol se montrerait encore pour aggraver le mal qu'il a déjà fait. Ce serait le cas d'appliquer le § 1 de l'article 2053.

C'est dans cette situation que voulait se placer une partie qui, ayant transigé sur le dol de son adversaire, prétendait que cette transaction avait été elle-même le résultat de la surprise et de mau-

---

(1) Voët, *loc. cit.*, nº 16.

(2) Req., rejet, 29 mai 1828 (D., 28, 1, 259);
Et 16 nov. 1836 (Devill., 36, 1, 960).

vaises manœuvres. Mais, en fait, elle ne le prouvait pas, et son pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre civile du 18 mai 1836 (1).

62. Si la transaction relative au dol portait sur des intérêts qui n'ont rien de douteux ni d'incertain, elle ne vaudrait pas alors comme transaction (2) ; et, dès lors, réduite à l'état de donation ou de renonciation, elle serait facilement attaquable comme faite *ob turpem causam*.

En voici un exemple curieux donné par Casaregis (3) :

Salomon Elfajani, chrétien du rit grec, naviguait, au mois de février 1711, dans la mer de Syrie, gouvernant un bâtiment marchand à lui appartenant, la *Sainte-Catherine*, de forme turque. Il rencontra malheureusement un navire pirate qui s'en empara, le conduisit à Livourne avec ses marchandises et trois Turcs qui y furent découverts. Ce navire pirate était la propriété du capitaine F. Franceschi et d'Antoine Franceschi, son frère.

Au bout de neuf mois, Salomon Elfajani, s'étant muni de preuves authentiques de sa religion, revint à Livourne et réclama auprès des frères Franceschi la restitution de son navire, avec des dommages et intérêts. Il consentit à une transaction par laquelle, craignant un plus grand mal, il donna et abandonna aux frères Franceschi tout ce que le

---

(1) Devill., 36, 1, 457.
(2) *Suprà*, n° 5.
(3) *Disc.* 213.

navire contenait, ainsi que le nolis des marchandises, se contentant de recevoir la restitution du navire seul.

Bientôt il crut pouvoir mettre de côté cette transaction et intenta contre les frères Franceschi une action en restitution des marchandises dont le navire était chargé, du nolis, avec dommages et intérêts. Ce procès ayant été porté devant Casaregis, ce jurisconsulte se prononça contre les frères Franceschi, malgré la transaction dont ils se prévalaient.

Nul doute d'abord que Salomon Elfajani ne fût catholique grec. Nul doute que le bâtiment ne lui appartînt et qu'il ne fût chargé de grains. Nul doute, par conséquent, que la capture du bâtiment la *Sainte-Catherine* ne fût une violence et qu'il n'y eût lieu à la restitution (1). Peu importe que Elfajani fût sujet de l'empire ottoman. Un catholique n'est pas censé, par cela seul, appartenir à une nation ennemie; il supporte le joug des Turcs et ne l'accepte pas; c'est malgré lui qu'il leur obéit (2).

Ceci posé, quelle pouvait être la valeur de la transaction par laquelle Elfajani avait fait don à ses déprédateurs des marchandises et des nolis dus pour le transport? C'était une transaction sur un objet certain, sur une matière qui n'était pas susceptible du plus léger doute. « *Adeòque dicta transactio, tanquàm emanata super jure certo, claro et indubi-*

(1) Deluca, *De regalib.* (*disc.* 195, n° 12).
(2) Casareg., *loc. cit.*, n° 10.

tato, non sustinetur (1). » Quoi de plus invraisemblable d'ailleurs que de voir le volé faire un don au voleur? N'est-il pas clair qu'Elfajani n'a fait l'abandon qu'on lui oppose que par suite de la crainte? Les frères Franceschi ont donc reçu cet abandon *ob turpem causam;* il y a donc lieu à la restitution (2).

Cependant, comme il résultait des circonstances que la *Sainte-Catherine* était construite à la turque, qu'elle avait pu être prise pour un vaisseau ennemi, qu'elle venait d'une contrée gouvernée par les Turcs, et qu'elle avait arboré l'étendard turc, les juges pensèrent qu'il y avait lieu d'excuser les frères Franceschi en ce qui concerne les dommages et intérêts (3), et que, jusqu'à la preuve que le vaisseau était la propriété d'un chrétien, ils avaient été de bonne foi.

63. L'art. 2045 n'est qu'un exemple : on peut en citer qui ne sont pas moins intéressants et qui tous se rattachent à ce principe : que la transaction n'est pas possible sur les matières d'ordre public ou supérieures aux conventions des parties.

Et d'abord, si nous consultons les auteurs qui ont approfondi la matière de la transaction, nous rencontrons une célèbre controverse sur ce point :

---

(1) *Id.*, n° 14.
Il cite la loi 1, D., *De transact.*
Et Urceol., q. 43, n° 7.
(2) N°s 15, 16.
(3) N°s 32 et suiv.

Peut-on transiger sur son état, sa légitimité, sa filiation, son mariage, ses droits de famille, etc.?

Voët (1) pense que l'affirmative n'est pas douteuse; il s'appuie sur la loi dernière au Code, *De transact.*, et sur les lois 2 et 30, D., *De jurejur.* Sans doute, dit-il, il n'est pas possible de faire par transaction qu'un homme libre soit esclave (2): mais rien ne s'oppose à ce qu'entre les parties, un homme libre passe pour esclave; il n'en sera pas moins libre à l'égard des autres.

Cette opinion n'est pas isolée, et elle a longtemps partagé les docteurs (3).

Néanmoins elle n'est pas admissible. Une distinction doit être faite : ou la transaction est favorable à l'état de la personne, et alors elle est valable; ou elle tend à le détruire, elle ne saurait subsister.

Telle est la règle.

64. Il en est une autre :

On peut toujours transiger sur les intérêts civils attachés à un état. Autre chose sont les intérêts pécuniaires dont les parties ont la libre disposition, autre chose est l'état civil qui est d'ordre public et ne dépend que de la loi (4). Nous

---

(1) Ad Pand., *De transact.*, n° 10.

(2) L. 26, C., *De transact.*

L. 6 et 10, C., *De lib. causâ.*

(3) Valeron, t. 3, *quæst.* 2, n° 3, cite les écrivains pour et contre.

(4) Valeron, *loc. cit.*

Vinnius, c. 4.

Cujas, 12, *observ.* 35.

verrons plus bas des applications importantes de cette règle. Examinons avant tout quelques cas particuliers (1).

65. En ce qui concerne la liberté, il est certain que la transaction n'est valable qu'autant qu'elle a un résultat favorable à la liberté (2). C'est ce que décide expressément l'empereur Anastase dans la loi dernière au C., *De transact.* : « *Nec ob id videri* » *tenorem earum titubare, quòd pro conditione servili vel* » *adscriptitiâ confectæ sunt.* »

Mais si la transaction est contre la liberté, elle n'est pas valable, ainsi que cela résulte d'une constitution insérée dans le Code Hermogénien, et rappelée par Cujas (3). Et cela par une double raison : la première, que l'esclave, étant déclaré tel, est censé ne rien recevoir pour prix de l'abandon qu'il a fait, puisque tout ce qu'il reçoit appartient de plein droit à son maître (4) ; la seconde, qu'il est contre l'ordre public et les bonnes mœurs qu'un homme libre se mette en esclavage, qu'il fasse commerce de sa personne (5).

66. La qualité de sujet français n'est pas moins précieuse que celle d'homme libre ; nous appliquons donc aux transactions qui ont lieu pour la déterminer les mêmes distinctions : respect à la transac-

---

(1) N° 68.

(2) Valeron, n° 7.

(3) 12, *observat.* 35.

(4) Doneau sur la loi dernière, C., *De transact.*
Valeron, *loc. cit.*, n° 3.

(5) Hillig. sur Doneau, 2, *comment.* 9, note (13).

tion qui la reconnaît ; nullité de la transaction qui en contient l'abandon.

Sur le premier membre de notre distinction, je ne connais pas d'arrêt de la Cour de cassation ou de cour royale. On ne peut invoquer que des analogies (1).

Mais sur le second, la jurisprudence n'est pas sans monuments respectables, et un arrêt de la Cour de Rennes, du 12 février 1824 (2), décide qu'il ne faut avoir aucun égard à une transaction par laquelle un sieur Haentjens avait renoncé à la qualité de Français. Nul ne peut abandonner l'état qu'il tient de la loi. Les tiers peuvent bien s'interdire d'attaquer un état qu'ils s'engagent à reconnaître ; mais celui qui a un état ne peut en faire le sacrifice, et il est toujours à temps de le réclamer, nonobstant d'imprudentes renonciations.

67. Les transactions sur la filiation se règlent par des idées conformes. Nulles quand elles anéantissent un état reclamé, elles sont valables quand elles le reconnaissent (3).

Voici un arrêt qui consacre le premier chef de notre distinction. Il est relatif à une filiation naturelle. Combien son autorité a-t-il plus de force encore quand il s'agit d'une filiation légitime,

---

(1) L. 10, C., *De transact.*

V. *infrà* les arrêts rendus sur les transactions faites *en faveur* de la filiation naturelle.

(2) Devill., 7, 2, 319.

(3) L. 10, C., *De transact.*

c'est-à-dire d'un bien plus précieux et plus favorable !

Un sieur César Martin, se prétendant fils naturel de la dame de Canferan, intenta une demande en partage contre la dame de Férand, légataire universelle de celle qu'il disait être sa mère.

Le 11 juillet 1817, intervint entre les parties une transaction notariée par laquelle, moyennant 10,000 fr. comptés à l'instant, Martin déclara se désister tant de sa réclamation de la qualité d'enfant naturel que des droits qu'il pouvait avoir à exercer en cette qualité sur la succession de la dame Canferan.

La dame de Férand décéda en 1834 ; César Martin renouvela ses prétentions contre ses héritiers.

La transaction du 11 juillet 1817 se présentait en premier ordre pour combattre cette action. Mais Martin répondait que toute transaction sur l'état des personnes est nulle aux termes de l'art. 1004 du C. de pr. c.

Le procès ayant été porté devant la Cour royale d'Aix, cette Cour, pour repousser le système de Martin, commençait par établir que la filiation naturelle, à la différence de la filiation légitime, ne constitue pas un état ; que l'art. 328 du C. c., qui déclare imprescriptible l'action en réclamation d'état, ne se trouve qu'au chapitre de la filiation des enfants légitimes ; que rien de semblable ou d'analogue ne se présente dans les articles qui concernent les enfants naturels ; que cette différence laisse aux enfants naturels toute latitude pour contracter sur les droits et intérêts qui dérivent de

leur qualité ; qu'ils peuvent dès lors transiger, que même ces sortes de transactions sont favorables à la morale : car elles évitent une publicité qui, dans les recherches de maternité, ne peut avoir que de fâcheux effets.

Puis, appliquant ces principes à l'espèce, et considérant que la transaction de 1817 a été faite en connaissance de cause par un majeur, sans dol ni fraude, la Cour d'Aix déclare Martin non recevable dans sa réclamation (1).

Il était difficile que cet arrêt échappât à la cassation. En effet, la filiation naturelle constitue, aussi bien que la filiation légitime, un état du quel dérivent des droits et des devoirs. Sans doute, un enfant naturel peut transiger sur les résultats pécuniaires de son droit admis et reconnu. Mais il ne lui est pas permis d'abandonner par transaction son droit lui-même, car l'état est l'œuvre de la nature et de la loi ; la volonté des parties ne peut l'anéantir.

C'est en effet ce que décida la chambre civile de la Cour de cassation, en cassant, par arrêt du 12 juin 1838, l'arrêt de la Cour royale d'Aix (2). Nous pourrions invoquer un autre arrêt de la Cour de cassation, du 27 février 1839, qui n'est pas moins

---

(1) 16 juin 1836 (Dal., 38, 2, 78 ; Devill., 37, 2, 26).

(2) Devill., 38, 1, 695 ;
Dalloz, 38, 1, 273.
Jurge pour la suite de cette affaire un autre arrêt de la ch. des req. du 21 avril 1840 (Devill., 40, 1, 873).

positif (1). Mais nous avons hâte d'arriver à un autre point de vue.

68. Nous disions tout à l'heure qu'il est permis de transiger sur les intérêts pécuniaires dérivant d'un état civil, et rien n'est plus vrai que cette proposition. Mais il la faut bien entendre, afin de ne pas en abuser.

C'est ce qu'a fait la Cour de cassation avec beaucoup de discernement. Or donc, tout en admettant qu'on peut transiger sur les intérêts pécuniaires qui découlent de la filiation naturelle, elle ne reconnaît cependant pas d'existence valable à la transaction qui, moyennant un seul et même prix, contient tout à la fois renonciation à la qualité d'enfant naturel et aux droits de propriété qui y sont attachés. La transaction, en effet, est indivisible dans ce cas ; il n'est pas possible de la scinder. C'est un point mis en lumière par le très regrettable et très éminent avocat-général M. Nicod, dans l'affaire Dusillet. Les conclusions qu'il donna sur ce point à la chambre des requêtes sont irrésistibles (2), et son observation, reproduite à la chambre civile, a servi de base à l'arrêt de cassation du 27 février 1839 (3). Que la transaction soit divisible alors qu'il y a un prix pour la renoncia-

---

(1) Devill., 39, 1, 161.
Dal., 39, 1, 200.
(2) Dal., 39, 1, 200.
Devill., 39, 1, 161.
(3) Dal., 39, 1, 200.
Devill., 39, 1, 161.

tion à l'état, et un autre prix pour la renonciation aux droits pécuniaires attachés à cet état, on le comprend; et alors on peut valider la partie de la transaction qui est valable, en annulant celle qui ne l'est pas (1). Et encore ce système de division est-il fort contestable, ainsi que nous le verrons plus bas (2), et nous déclarons ici que ce n'est pas le nôtre. Mais lorsqu'un seul et même prix est fixé pour la renonciation à l'état et la renonciation aux intérêts pécuniaires qui en découlent, il n'y a pas possibilité de diviser la transaction (3). Il faut qu'elle tombe pour le tout.

69. Quand la transaction est favorable à l'état de la personne, les principes ne sont plus les mêmes; on peut toujours opposer aux auteurs de la transaction la reconnaissance qu'ils ont faite de cet état. On peut se prévaloir contre eux d'une fin de non-recevoir insurmontable.

Telle est la décision de l'empereur Philippe dans la loi 10 au C., *De transactionibus*. Un oncle avait reconnu par transaction l'état et les droits successifs de ses neveux. Il essaya plus tard de faire tomber cette reconnaissance. Voici la réponse impériale : *Fratris tui filiis, de paternâ successione ac statu, etiam nunc contra fidem sanguinis, itemque placitorum, quæstionem inferre parùm probè postulas. Nullus etiam*

---

(1) Argum. d'un arrêt de cassat., req., du 9 février 1830 (Dal., 30, 1, 117).

(2) N° 133.

(3) *Junge* Grenoble, 18 janvier 1839 (Dal., 39, 2, 61).

erit litium finis, si à transactionibus bonâ fide interpositis, cœperit facilè discedi.

Cette décision est trop sage pour n'avoir pas eu de l'écho dans le droit moderne. En effet, deux arrêts de la chambre des requêtes, des 13 avril 1820 (1) et 24 juillet 1835 (2), en reproduisent les principes.

70. Venons à présent aux transactions sur les causes matrimoniales. Ce sont encore les mêmes préceptes qui reviennent ici. Je ne puis mieux faire pour en montrer l'application que de rapporter une espèce dans laquelle j'ai donné des conclusions en qualité d'avocat-général à la Cour royale de Bastia. Ces conclusions se sont retrouvées sous ma main après bien des années. Je les donne ici telles que les ai prononcées, me bornant à en retrancher les fragments qui appartiennent plus à l'audience qu'à un livre.

Écoutons d'abord le point de fait:

71. Un acte de mariage avait été dressé, le 26 juillet 1819, dans la commune de Giocatojo ; il constatait que Guerini s'était uni en légitime mariage avec la demoiselle Stella-Marie Pietri. Un an après, c'est-à-dire le 1er juillet 1820, sans qu'il y eût eu aucune cohabitation entre les époux, sans que la cérémonie religieuse fût intervenue pour sceller le

---

(1) Devill., 6, 1, 216.
M. Merlin, Répert., t. 17, v° *Mariage*, p. 747.
Infrà, n° 75.
(2) Devill., 36, 1, 238.

contrat, Guerini dénonça le mariage comme faux au procureur du roi; il prétendait dans sa plainte qu'on avait surpris sa signature en lui faisant signer comme époux un acte de mariage auquel il croyait n'assister que comme témoin.

Cette accusation était grave; elle jeta le trouble dans les deux familles, ou, pour mieux dire, elle envenima les haines déjà existantes entre elles.

Après une instruction volumineuse, un arrêt de la chambre des mises en accusation décida que l'acte de mariage n'était pas faux, et mit hors de poursuite l'officier de l'état civil.

Il semblait que cet arrêt dût terminer les affligeantes discussions de Guerini avec la famille Pietri. Et, en effet, Guerini parut un instant vouloir rendre hommage à l'autorité de la chose jugée; car, le 29 septembre 1821, il fit avec Stella-Marie et le sieur Pietri une transaction dans laquelle il reconnaissait son mariage *comme valable et bien célébré* (*valido e legalmente fatto*) !! et néanmoins, il fut stipulé que les époux seraient provisoirement séparés de corps jusqu'à ce que de meilleures circonstances vinssent les réunir; que l'épouse vivrait chez ses parents et ne pourrait prétendre à aucun aliment de son mari.

Bientôt Guerini sentit le besoin de recouvrer toute sa liberté; il actionna en conséquence Stella-Marie pour voir dire que leur mariage serait annulé pour cause de surprise, pour défaut de publicité, déclarant qu'il s'inscrivait en faux incident contre l'acte de célébration.

Marie-Stella opposa l'autorité de la chose jugée

résultant de l'arrêt de la chambre des mises en accusation ; elle opposa l'autorité de la transaction du 29 septembre 1821.

Un jugement du tribunal de première instance refusa de s'arrêter à l'influence de ces deux actes. Un arrêt de la chambre des mises en accusation n'a pas le caractère de la chose jugée, disait le tribunal ; d'un autre côté, la transaction ne peut engendrer contre Guerini aucune fin de non-recevoir. Cette transaction est nulle, car Guerini ne pouvait transiger sur une matière d'ordre public, sur son propre état, sur son mariage ; ses aveux et ses reconnaissances n'ont pu le lier.

On voit que cette décision attaquait la question de front et la résolvait de la manière la plus radicale.

Stella-Marie interjeta appel devant la Cour royale de Bastia.

Après les plaidoiries respectives, je pris la parole comme organe du ministère public, et mon premier soin fut d'écarter l'arrêt de la chambre des mises en accusation.

Puis, je m'occupai de la fin de non-recevoir que l'appelante tirait de la transaction du 29 septembre 1821.

72. « A l'appui de l'opinion adoptée par le tribu-
» nal, on trouve d'abord, disais-je, l'art. 1001 du
» Code de procédure civile, portant qu'on ne peut
» *compromettre sur les questions d'état.* »

« Et nous lisons dans le Dictionnaire de M. Dalloz, v° *Acquiescement* (1), des conclusions de M. Da-

(1) Sect. 3.

niels, avocat-général à la Cour de cassation, dans lesquelles ce jurisconsulte soutient que les mariages tenant essentiellement à l'ordre public, deux époux ne peuvent transiger sur la validité de leur union et acquiescer par une transaction à un jugement prononçant leur divorce.

» Enfin, tout le monde sait que les citoyens ne peuvent disposer de leur état ; l'état ne dépend pas du caprice des individus, il est placé sous la protection de la loi.

» Tous ces principes sont vrais ; mais il faut les entendre sainement.

73. » D'abord, et en thèse générale, il n'est nullement exact de dire, d'une manière absolue, que les conventions particulières ne peuvent jamais influer sur l'état des citoyens. La loi et la jurisprudence prouvent le contraire dans un grand nombre de cas. A la vérité, les conventions ne peuvent que très rarement assurer à une personne un état qu'elle n'a pas ; mais du moins elles ont très souvent l'effet de la maintenir sans trouble dans un état qui pouvait être controversé.

74. » Donnons un exemple (et c'est peut-être le seul) où l'état d'un citoyen est uniquement assis sur des conventions particulières :

» Un enfant est jeté dans la société, sans parents, sans appui, n'appartenant qu'à lui-même ; mais qu'une volonté privée vienne à son secours, qu'un citoyen le reconnaisse pour son fils, et aussitôt il aura une famille, un nom, des droits successifs, tout ce qui constitue un état. Qu'est-ce cependant aux yeux de la nature que cette confession de pater-

nité dictée par la complaisance et la commisération? Elle n'a rien de réel. Mais, aux yeux de la loi, la filiation sera appuyée sur des preuves suffisantes. Ainsi, Pierre passe une transaction dans laquelle il reconnaît pour son fils naturel Jacques, avec la mère duquel il n'avait jamais eu de rapports. Voilà certainement un cas où une convention privée attribue à un individu un état civil qu'il n'avait pas. Et ce qui achève de prouver cette vérité, c'est que la loi ne donne à cette reconnaissance que les effets d'une convention particulière. Elle ne peut nuire ni aux tiers qui ont intérêt à la contester, ni aux enfants légitimes issus d'un mariage postérieur à la naissance de l'enfant, mais antérieur à la reconnaissance (1).

75. » Si, de cette hypothèse où l'état d'un citoyen repose sur la convention, nous passons aux cas dans lesquels la convention rend non recevable à contester à un individu une qualité qu'on a reconnue en lui, les exemples sont beaucoup plus nombreux.

» En voici un que nous offre tout d'abord la jurisprudence de la Cour de cassation :

» Des héritiers reconnaissent formellement qu'une fille naturelle est la fille légitime de leur auteur ; ils lui donnent la qualité d'héritière légitime du défunt. Peuvent-ils ensuite la repousser de la succession en demandant à prouver que sa légitimité est imaginaire? Ils auront beau dire que les lois qui règlent l'état des citoyens sont d'ordre

(1) Art. 337, 339 C. c.

public et qu'il n'est pas permis d'y déroger par des conventions particulières, etc., etc. On les déclarera inhabiles à contester une qualité qu'ils ont reconnue spontanément. Et c'est ce qu'ont jugé successivement le tribunal de la Seine, la Cour royale de Paris, et la Cour de cassation. L'arrêt de la Cour suprême est du 13 avril 1820 (1).

» Cet arrêt est d'autant plus remarquable, qu'il était certain, dans l'espèce, que cette fille n'était pas légitime, et que sa qualité d'enfant naturel était constatée par l'acte de naissance. Sans doute, la reconnaissance des parents ne faisait pas que la fille naturelle devînt fille légitime ; mais elle mettait une barrière qui empêchait les héritiers du sang de troubler des intérêts attachés à une qualité qu'ils avaient reconnue. Il y a dans le droit beaucoup de situations irrégulières ou illégales, qui cependant restent inattaquables à cause de quelque fin de non-recevoir.

76. » Passons à l'examen des cas où des pactes privés maintiennent un individu dans un état civil qui, bien qu'existant, est cependant vicieux sous quelque rapport.

» D'après l'art. 182 du C. c., un père peut demander l'annulation du mariage que son fils a contracté sans son consentement. Mais s'il s'oblige par transaction à ne pas attaquer ce mariage, qu'y aura-t-il de plus respectable que cet acte de renonciation à un droit extrême (2) ? Ne s'agit-il

(1) Merlin, Rép., t. 16, v° *Mariage*, p. 747. *Suprà*, n° 69.
(2) Art. 183 C. c.

pas d'une nullité relative qui est dans le domaine des parties, bien que la validité du mariage soit en général d'ordre public?

77. » Un mariage est nul, aux termes de l'art. 191 du C. c., s'il n'a pas été célébré publiquement devant l'officier de l'état civil compétent. Les époux eux-mêmes peuvent invoquer cette nullité. Que si cependant les deux époux, mariés par un officier de l'état civil incompétent, prennent en public la qualité de mari et de femme et se donnent une possession d'état constante et authentique, comment croire qu'ils seront recevables ensuite à insister sur cette nullité (1)? Quel scandale et quelle dérision de les admettre à se prévaloir d'une nullité dont ils sont les auteurs, et qu'ils ont couverte par la cohabitation et par les témoignages les plus solennels d'une volonté libre, réfléchie, persévérante? Aussi M. Malleville dit-il très bien que lorsque l'un des époux demande la nullité de son union pour défaut de publicité, le juge peut le déclarer non recevable, non-seulement à cause de la possession d'état, mais encore à cause de la bonne foi, du temps que le mariage a duré, *et des circonstances*. Des circonstances, dit M. Malleville!! et la latitude de ce mot montre que si l'un des époux opposait au demandeur en nullité un acte par lequel celui-ci s'obligeait, en connaissance de cause, à respecter l'union conjugale, à la

---

(1) MM. Toullier, t. 1, n° 642.
Malleville, t. 1, p. 206.
Contrà, M. Merlin (Répert., v° *Mariage*, t. 16, p. 779)

considérer comme libre, volontaire, un tel acte devrait être pris en grande considération et pourrait faire écarter la demande en nullité, si l'acte de célébration était, du reste, représenté.

78. » Tout ce que nous venons de dire du défaut de publicité, on peut l'appliquer aux autres nullités qui vicient l'acte de mariage. L'art. 196 est formel. Toutes les nullités quelconques de l'acte de mariage peuvent être couvertes, non-seulement par la possession d'état, mais encore par les *circonstances* dont parle M. Malleville.

79. » Il est donc vrai qu'il y a beaucoup de cas où les conventions particulières ne sont nullement incompatibles avec les droits qui touchent à l'état civil, et il ne faut pas dire d'une manière trop rigoureuse que l'état est supérieur à la volonté de l'homme.

80. » Maintenant arrivons à notre thèse spéciale. Est-il permis ou défendu de transiger sur un mariage ?

» Un premier point est certain : quand le mariage existe, nulle transaction ne peut l'annuler. La volonté des parties ne saurait dissoudre ce qui est indissoluble.

» Il faut même ajouter que nulle transaction ne pourrait affaiblir ce lien sacré ; et, par exemple, on n'aurait aucun égard à la transaction par laquelle les époux stipuleraient leur séparation de corps (1).

81. » Mais en est-il de même des transactions

---

(1) Valeron, t. 3, *quæst.* 2, n° 63 : « *Transactionis prætextu* » *matrimonium dissolvi non potest, aut separari.* »

qui, au lieu de détruire le mariage ou d'en affaiblir le lien, tendent à le valider ?

» Pour bien préciser notre pensée, une distinction est nécessaire.

» Si le mariage n'existe pas, si aucun acte de célébration n'est représenté, nous disons qu'une transaction par laquelle un homme et une femme consentent à se regarder comme époux n'a pas de valeur. Le mariage requiert essentiellement le concours de l'autorité publique. Sans ce concours, il n'y a que concubinage; la société ne reconnaît pas l'indissolubilité du contrat.

82. » Si le mariage existe, si un acte de célébration est représenté, une sous-distinction est nécessaire :

» Ou l'acte de mariage constate la preuve d'un de ces vices qui font rougir la morale, ou bien il n'est entaché que de vices qui ne blessent en rien l'honnêteté.

» Dans le premier cas, la transaction pour valider le mariage sera nulle ; dans le second, elle sera valable.

» Supposons qu'un mariage incestueux soit contracté. Quel serait l'effet de la transaction qui le validerait, si ce n'est de perpétuer l'outrage fait à la morale et d'aggraver l'attentat par une récidive ?

» Mais s'il s'agit d'un vice tenant au consentement, ou au défaut de publicité, ou à une violation des formes requises, aucun motif d'honnêteté publique ne s'oppose à une ratification ; et l'accord des époux est d'autant plus favorable que la

loi se montre très facile à multiplier les fins de non-recevoir en cette matière.

83. » C'est d'après ces considérations puissantes que les interprètes du droit canonique décident généralement que s'il est défendu de transiger pour annuler un mariage, il est cependant permis de transiger pour le valider.

» A la vérité, le chap. XI des Décrétales, *De transactionibus*, sur lequel ils se fondent, semble, au premier coup d'œil, dire le contraire :

« Poteris ad componendum interponere partes » tuas, et interdùm aliquid severitati distrahere, » exceptis nimirùm casibus, qui compositionis, » sive dispensationis remedium non admittunt, ut- » potè conjugii sacramentum; quod cùm, non so- » lùm apud Latinos et Græcos, sed etiam apud » fideles et infideles existat, à severitate canonicâ, » circa illud, recedere non licebit. »

» Mais si l'on réfléchit à l'espèce particulière pour laquelle cette décrétale a été faite, on ne peut qu'en revenir à l'opinion des docteurs. La voici telle qu'elle est exposée par Alciat :

» — « Plusieurs laïques grecs renvoyaient de leur propre autorité leurs épouses légitimes et convolaient avec d'autres du vivant de celles-là, après avoir fait avec elles des transactions. Le pape, consulté sur cette matière, dit que de semblables transactions ne peuvent être sanctionnées par l'autorité ecclésiastique, car il n'y a ni composition ni dispenses qui puissent délier les époux. »

» On voit qu'il s'agissait ici de transactions contre le mariage existant. Aussi la glose dit-elle : « Sic

» patet quòd in matrimonio non habet locum » transactio vel compositio, *ut contrà matrimonium » aliquod statuatur.* » Mais le texte de la décrétale fait suffisamment entendre qu'il en serait autrement s'il s'agissait de valider un mariage auquel il ne manquerait que quelques-unes de ces formalités susceptibles de dispenses et de compositions : « *compositionis sive dispensationis remedium* »

» Parmi les jurisconsultes qui ont professé cette distinction, nous citerons les docteurs du plus grand poids, et à leur tête Gonzalès, commentateur des décrétales (1).

Vinnius est entièrement de cet avis (2). « Quæ- » situm an super causâ matrimoniali transactio » interposita, rata haberi debeat; si fortè parentes » puellæ et juvenis, controversiam indè motam per » transactionem, voluerint amicabiliter compo- » nere. Et si quidam conservandi matrimonii gra- » tiâ, transactio intervenerit, putà *ut sponsa maneat » sponsa, ut uxor maneat uxor*, placet transactionem » valere.

» Cæterùm si transactio ad dissolvendum matri- » monium comparata sit; quia fortè pater puellæ » certam pecuniæ summam promittit, ut juvenis » ab actione obtentu matrimonii, *contra filiam insti- » tutâ, desistat vel contrà, talis* transactio meritò im- » probatur propter indissolubile vinculum matri- » monii. »

---

(1) Sur le chap. XI, *Ex parte tuâ : De transact.*

(2) *De transact.*, ch. 4, n° 12.

» Voët tient le même langage (1) : « De causis » quoque matrimonialibus transactionem pro ma- » trimonio quidam, et non contra illiud, interponi » posse, ex juris canonici principiis, tradunt inter- » pretes. »

» Même doctrine dans Gregorius Tholosanus (2), ainsi que dans Urceolus. Ce dernier auteur, après avoir copié le passage de Vinnius que nous venons de citer, ajoute : « Sic etiam dicitur quòd quandò » matrimonium esset dubiosum et litigiosum, ut » quia alter negaret sponsalia legitimo modo con- » tracta, alter verò affirmaret mutuam interve- » nisse conventionem, tunc non esset prohibita » transactio ad redimendum litis vexationem. » Puis il ajoute cette sage réflexion : « *Multa in dubiis to- » lerari enim quæ in re liquidâ et certâ non permitteren- » tur* (3). »

» Enfin nous invoquerons l'autorité de M. Merlin qui adopte cette constante distinction des canonistes et des civilistes (4). Et, quant à nous, nous croyons que c'est se conformer à l'esprit du législateur que d'accueillir avec faveur ces compositions amiables, ces traités de paix qui resserrent de plus en plus un lien indissoluble, qui donnent une force nouvelle à l'acte d'où résulte l'union des époux ; qui ferment la porte à des débats scanda-

---

(1) *De transact.*, n° 15.

(2) Syntagma juris, *De transact.*, p. 3, lib. 28, c. 2, n° 17.

(3) *De transact.*, quæst. 28, n°s 32 et 36.

(4) Répert., v° *Transact.*, § 3, n° 5, et Quest. de droit, v° *Rente foncière.*

leux et aussi pénibles pour les mœurs que pour les familles.

84. » Remarquez que le droit canonique ne se montrait pas moins rigoureux sur les solennités du mariage que le C. c. Ce sont les conciles de Latran et de Trente qui ont exigé, à peine de nullité, la présence du propre curé et celle de trois témoins; ce sont ces conciles qui ont imposé la nécessité de tenir des registres de mariage dans toutes les paroisses; ce sont eux qui ont banni de la jurisprudence ces mariages présumés par la cohabitation, qui donnaient lieu à tant de désordres.

» Ajoutons que les canons envisageaient le mariage sous un rapport purement spirituel, et qu'il était tout-à-fait défendu de transiger sur ce qui tient au spirituel. C'est cependant sous une législation si sévère que les auteurs cités, presque tous postérieurs aux conciles de Latran et de Trente, ont cru qu'il est permis de transiger pour valider les mariages. Et l'on voudrait que vous vous montrassiez plus scrupuleux et plus difficiles ! !

85. » Qu'on cesse de dire, au surplus, que cette doctrine tend à souiller la jurisprudence par le mépris des lois. Non ! rien de pareil ne ressort du système auquel nous nous rallions. Quelle a été la pensée des auteurs que nous invoquons? La voici : ils ont voulu dire, non pas qu'on peut se marier par transaction, mais que si la preuve d'un mariage existe entre personnes capables, si un acte de célébration est représenté, bien qu'il soit entaché de quelque vice, l'accord postérieur des époux peut élever des fins de non-recevoir contre celui d'entre

eux qui veut s'en prévaloir. Car derrière cet accord il y a un acte attestant que les époux se sont donné leur foi, que la puissance publique a été prise à témoin de leurs serments, en un mot, que ce qui constitue l'essence du mariage a existé.

86. » Mais l'art. 1004 du C. de proc. c., portant qu'on ne peut compromettre sur les questions d'état, peut-il être opposé avec succès? Nous le croyons facile à écarter. Il ne faut pas toujours comparer la transaction avec le compromis, et argumenter de l'une à l'autre (1). Il y a beaucoup de choses sur lesquelles on peut transiger et sur lesquelles on ne peut compromettre. On peut transiger avec les mineurs et les communes, pourvu qu'on se munisse de certaines autorisations. On ne peut jamais compromettre avec les uns et les autres, même avec toute sorte d'autorisation. Nous admettons qu'on ne puisse jamais compromettre sur un mariage; car le compromis donne à l'arbitre un pouvoir de juger, c'est-à-dire de faire ou de défaire, de consolider ou d'anéantir l'union conjugale; et comment un juge privé pourrait-il statuer avec ce droit menaçant sur ce qui est l'œuvre de la puissance publique? Mais quand une transaction a pour but de rapprocher les parties, quel pourrait être le sujet d'inquiétude pour la puissance publique? Où serait la possibilité d'empiéter sur ses attributions?

---

(1) Caccialupus (*De transact.*, § 3, n° 4, dans le *Tract. tract.*, t. 6) montre les différences de la transaction et du compromis. *Infrà*, n° 93. — *Junge* M. Toullier, t. 10, n° 377. — *Suprà*, n° 25.

87. » Quant à l'opinion de M. Daniels, il est maintenant facile de voir qu'elle ne saurait être opposée à l'appelante, puisque, dans l'espèce traitée par ce jurisconsulte, il s'agissait d'une transaction tendant à séparer les époux. La conservation du lien conjugal, but de la transaction du 29 septembre 1821, doit être jugée avec d'autres idées que la rupture du plus saint des contrats.

88. » Reste à appliquer ces idées à l'espèce. Nous voyons que, dans une transaction faite en grande connaissance de cause, Guerini a reconnu la validité et la légalité de son mariage, après l'avoir dénoncé comme faux à l'autorité judiciaire. Pourquoi ne donnera-t-on pas effet à une transaction qui a pour but de prévenir les vexations de nouveaux procès? Dira-t-on qu'il est contraire à la morale publique de maintenir une union qui n'a qu'une couleur apparente? Mais où est le vice? où est le crime? Il n'est que dans les allégations de Guerini. La demoiselle Pietri se présente armée d'un acte authentique revêtu de la confiance de la société. Qu'importent les allégations actuelles de Guerini? La conscience publique est rassurée à la fois par un acte de mariage investi de toutes les formalités qui peuvent le rendre inattaquable, et par l'aveu de Guerini lui-même qui a reconnu que ce mariage était sincère et légal. A l'ombre de cette ratification, tout le monde peut refuser de croire à la fraude. »

Conformément à ces conclusions, la Cour prononça l'arrêt suivant à la date du 7 juillet 1825 :

«... Considérant en outre qu'en envisageant l'acte

» du 29 septembre 1821 comme une transaction sur » un mariage, il n'est pas moins de principe cer- » tain que, même dans les matières d'ordre pu- » blic, les particuliers peuvent se lier par des trans- » actions sur tout ce qui concerne leurs intérêts » privés ; que, relativement au mariage, il a tou- » jours été reconnu que si les époux ne peuvent » dissoudre le lien matrimonial par des conventions, » ils peuvent le resserrer et le corroborer en tran- » sigeant sur les vices réels ou prétendus qui pou- » vaient exister dans l'acte constatant leur union, » LA COUR..... émendant, etc., etc. »

89. Sans mariage il n'y a ni dot ni communauté conjugale. Mais, quelque intimité qu'il y ait entre le mariage et les accords qui en règlent le régime et les intérêts, il n'en est pas moins vrai que les parties ont pleine liberté pour transiger, après la dissolution du mariage, sur ces mêmes intérêts.

90. Lors même que le mariage n'aurait existé qu'imparfaitement, il faudrait respecter la transaction qui donnerait à leur communauté de fait les mêmes effets qu'à une communauté légale. Car une telle transaction ne serait pas un pacte sur le mariage même ; elle serait un pacte sur des intérêts pécuniaires dont les parties ont la disposition (1).

91. Pendant le mariage, toute transaction est interdite aux époux sur les accords matrimoniaux qui ont présidé à leur association (2). Les conven-

(1) Liége, 4 février 1822 (Dal., v° *Transaction*, p. 679). Palais (à sa date).

(2) Art. 1395 C. c.

tions du mariage sont immuables; l'intérêt des familles et l'ordre public ne permettent pas qu'on en altère les bases.

92. C'est pourquoi il y aurait nullité de la transaction qui serait faite sur une demande en séparation de biens (1).

93. La question de savoir ce qu'on doit penser des transactions sur les aliments a fort occupé les auteurs (2). Ce n'est pas une raison pour qu'elle soit plus claire, et ici, comme dans mon commentaire de la *Vente* (3), je ne dis rien de trop en affirmant que les interprètes et les docteurs ont fort contribué à l'embrouiller.

Il y a deux textes célèbres sur cette matière : ce sont les lois 8 au D., *De transact.* (4), et 8 au C., *De transactionibus* (5).

La première porte ce qui suit : « Cùm hi, quibus » alimenta relicta erant, facilè transigerent, con- » tenti modico præsenti; Divus Marcus oratione in » senatu recitatâ, efficit ne aliter alimentorum » transactio rata esset, quàm si auctore Prætore, » facta. Solet igitur Prætor intervenire et inter » consentientes arbitrari, an transactio vel quæ » admitti debeat (6). »

---

(1) Art. 1443 C. c.

(2) Valeron, t. 3, *quæst.* 3. — Urceolus, *Quæst.* 49. — Surdus, *De alimentis*, t. 8, privil. 56. — Voët, n° 14. — Vinnius, cap. 6. — Doneau sur la loi 8, C., *De transact.*

(3) N° 227.

(4) Ulp., l. 8, D., *De transact.*

(5) Gordianus.

(6) Il faut voir encore les §§ 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 et s.

La seconde est ainsi conçue :

« De alimentis præteritis si quæstio deferatur, » transigi potest; de futuris autem sine Prætore seu » Præside interposita tractio nulla, auctoritate » juris, censetur. »

C'est sur ces textes que s'est élevé l'édifice de l'ancienne jurisprudence. On a pris pour guide une législation influencée par des raisons d'utilité contemporaine et par une procédure spéciale. En voici le résumé :

Quand la transaction est intervenue sur des aliments passés, échus, elle est valable. Le créancier a vécu sans ces aliments. Il n'y a ici aucune raison particulière pour lui enlever le bénéfice du droit commun.

Mais si elle a pour objet des aliments futurs, on distingue. Ou les aliments sont dus en vertu d'un contrat ordinaire et d'un titre qui n'est pas à cause de mort, et alors toute liberté est donnée au créancier pour transiger (1). Le créancier, maître absolu de ces aliments, peut les perdre par sa volonté (2).

Ou bien les aliments sont dus en vertu d'un testament, d'un codicille, d'un legs, d'une donation à cause de mort, et alors il ne faut pas que le créancier puisse, par sa volonté, porter atteinte à des arrangements dus à la sagesse de son auteur. La

---

(1) Ulp., l. 8, § 2, D., *De transact.*

(2) Favre sur ce texte, note (3), et Mornac sur la loi 8, D., *De transact.*

transaction ne sera donc valable qu'avec l'intervention du magistrat, à moins toutefois qu'elle ne soit favorable à l'alimentaire.

94. Comme exemple de la première branche de la distinction ancienne, on peut citer un arrêt du parlement de Normandie, du 17 mai 1754. Un père s'était reconnu débiteur d'une rente viagère en faveur de son fils naturel. Plus tard, une transaction amortit cette rente moyennant un capital. Le fils, ayant dissipé ce capital, demanda la nullité de la transaction. Mais l'arrêt le déclara mal fondé par application de la loi 8, § 2, D., *De transact.* (1). Probablement que cet enfant n'était pas réduit à l'extrémité et qu'il avait une industrie qui lui donnait de quoi pourvoir à ses besoins; car autrement, d'après la doctrine des auteurs, il aurait été recevable dans son action (2).

95. Ces distinctions sont-elles applicables sous l'empire de nos codes?

Et d'abord, il faut nous occuper des aliments dus *jure sanguinis et naturæ*. Ces aliments sont liés à une qualité naturelle indestructible. Une telle créance est inaliénable tout aussi bien que le titre dont elle est l'attribut. Une transaction ne pourrait donc, à mon sens, éteindre le droit du créancier pour l'avenir; et si ce créancier retombait dans la misère, si le besoin des aliments se faisait impérieusement sentir, la voix de la nature, plus forte

---

(1) M. Merlin, Répert., v° *Aliments*, § 8.

(2) Valeron, t. 3, *quæst.* 3, n° 42.
Urceolus, *quæst.* 49, n° 20.

que la voix de la transaction, obligerait le débiteur à venir à son secours (1).

Dans l'espèce jugée par l'arrêt du parlement de Rouen du 17 mai 1754, on voit un père qui, sous prétexte d'une transaction précédente, refuse des aliments à son fils. Je l'admets si ce fils est au-dessus du besoin par ses ressources ou son travail. Mais s'il est dans cet état qui fait souffrir la faim et pousse un homme au désespoir, je ne reconnais pas à la transaction de droits supérieurs aux droits imprescriptibles et inaliénables de la nature (2).

96. D'autres ont été plus loin, et, sans examiner si la nécessité des aliments se faisait, oui ou non, ressentir, ils ont annulé la transaction par cela seul qu'elle portait sur des aliments à venir (3).

Mais nous sommes loin d'adopter ces idées absolues; nous reconnaissons même que la transaction doit être observée tant qu'elle maintient l'alimentaire dans une situation supérieure au besoin (4). Le droit du débiteur n'a d'appui que dans son indigence; c'est elle qui fait parler la nature, c'est elle qui fait taire la transaction.

97. Passons aux aliments dus par contrat ou par testament et donation.

Un premier point est certain. C'est que les ali-

---

(1) Metz, 13 déc. 1822 (Devill., 7, 2, 136).
Cassat., 22 février 1831 (Devill., 31, 1, 107).
Douai, 1er février 1843 (Devill., 43, 2, 188).

(2) Voyez mon com. de la *Vente*, n° 227.

(3) Toulouse, 9 janvier 1816.
Devill., 5, 2, 89.

(4) Arrêts précités de Metz et de la Cour de cassation.

ments dus par contrat, par donation, par testament, sont cessibles. Un remarquable arrêt de la Cour de cassation, du 31 mai 1826, l'a expressément décidé (1). C'est là une créance comme une autre; le créancier en a la libre disposition.

Or, si le créancier peut la vendre et en disposer, pourquoi ne pourrait-il pas transiger sur les difficultés qui sont relatives à ce droit? On peut transiger, aux termes de l'art. 2045, toutes les fois qu'on a la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Pour mettre l'alimentaire en dehors du droit commun, il faudrait un texte. Où en trouve-t-on dans notre droit qui reproduise les prohibitions de la loi romaine (2)?

Citera-t-on l'art. 581 du C. de pr. c. Mais cet article prouve bien que l'on ne peut être privé d'une pension alimentaire malgré soi et sur la poursuite des créanciers; mais il ne prouve pas qu'une transaction, œuvre de la volonté libre du créancier, soit en opposition avec les principes.

Opposera-t-on l'art. 1004 du C. de pr. c. qui défend de compromettre sur les dons et legs d'aliments. Mais de ce que la loi a défendu aux parties de recourir à la justice souvent périlleuse de l'arbitrage, il ne s'ensuit pas qu'elle leur ait défendu de se faire à elles-mêmes la justice volontaire dont

---

(1) Dal., 26, 1, 292.

Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 227.

(2) M. Merlin, v° *Transaction*, § 8; Cassat., req., 22 février 1831; Dal., 31, 1, 102.

Contrà, M. Duranton, t. 18, n° 403;

Et M. Zachariæ, t. 3, p. 143.

chaque homme porte en son cœur le germe indestructible. D'ailleurs, il est souvent périlleux d'argumenter du compromis à la transaction (1).

98. Un arrêt de Nîmes, du 18 décembre 1822 (2), a cependant jugé qu'une donation d'aliments ne peut être l'objet d'une transaction ; il a déclaré nul le traité par lequel l'héritier du donateur s'était engagé à payer à l'alimentaire un capital de 6,000 fr., moyennant qu'il renoncerait à sa pension, au logement, à l'entretien et à la nourriture.

Cet arrêt, fondé sur les lois romaines, n'est pas soutenable en présence du Code civil qui n'a apporté aucune barrière à la liberté des transactions sur aliments. Où est le texte qui a reproduit dans nos lois les dispositions des lois 8 au Digeste et au Code? De quelle source les tribunaux français tireraient-ils un droit d'homologation pareil à celui qu'exerçait le Préteur, parce que le droit romain le lui avait donné? Ne voit-on pas qu'en se plaçant sous l'autorité des lois romaines, on s'emprisonne dans un cercle vicieux? De deux choses l'une : ou la transaction est nulle, ou elle est permise. Si elle est nulle, les tribunaux n'ont pas qualité pour communiquer aux parties une capacité que la loi ne leur donne pas, et l'on se jette dans l'arbitraire en transportant par voie d'imitation, dans notre droit, les garanties du droit romain. Si elle est valable, pourquoi les parties seraient-elles tenues d'aller

---

(1) *Suprà*, n° 86.

(2) Dalloz, t. 1, p. 356.
Devill., t. 7, 2, 137.

demander au juge un supplément de capacité et une homologation surabondante?

99. Il est un autre sujet qui a fort occupé les anciens auteurs. C'est la transaction sur choses laissées par testament. Caius a donné là-dessus une règle toujours citée :

« De his controversiis quæ ex testamento profi-
» ciscuntur, neque transigi, neque exquiri veri-
» tas aliter potest, quàm inspectis, cognitisque
» verbi testamenti (1). » Les raisons données par les interprètes pour expliquer cette exigence minutieuse sont celles-ci (2). Il est de l'intérêt public que les volontés d'un testateur soient exécutées (3). Il ne faut pas que ceux qui ont intérêt à la suppression d'un testament aient le droit d'obtenir de l'héritier institué ou du légataire des abandons préjudiciables, tout en tenant caché le vœu suprême du défunt. Bartole attachait même une si grande importance au principe de Caius, qu'il aurait voulu que les parties ne pussent renoncer formellement à une solennité aussi essentielle que la représentation et l'inspection des tables du testament (4). Cette formalité a été introduite moins dans l'intérêt des héritiers institués et des légataires qu'en haine de ceux qui recèlent les testa-

---

(1) L. 6, D., *De transact.*

(2) Vinnius, *De transact.*, cap. 5, n° 1.
Favre, *Rationalia*, sur cette loi.

(3) L. 5, D., *Quemadmod. testam. aperiuntur.*

(4) Arg. de la loi 9, § 1, *De transact.*

ments. Or, qui ne sait qu'on ne peut renoncer aux choses d'intérêt public (1)?

Ce sentiment avait de nombreux appuis parmi les interprètes et les auteurs (2).

Mais tel n'était pas celui de Cujas. Il ne concevait pas pourquoi les parties n'auraient pas pu régler leurs différends par une amiable transaction, lors même que le testament n'aurait pas été lu. « Hujus legis falsa est sententia, si transigendi » verbum ad conventa referas; cur enim non licebit » transigere de legato, etiam non inspecto testamen- » to (3)? » En effet, bien rares et bien imprudents sont ceux qui abandonnent leurs droits sans vouloir les connaître; mais enfin, si dans quelques circonstances particulières il se rencontre un héritier institué ou un légataire qui consente librement et sciemment à un sacrifice, qu'importe qu'il ait vu ou n'ait pas vu le testament? Pourquoi la transaction ne serait-elle pas bonne? Peut-on le forcer à voir ce qu'il ne veut pas voir?

Aussi les lois romaines elles-mêmes ont-elles des textes qui démontrent qu'il n'est pas nécessaire, pour la validité d'une transaction faite sur un testament, que ce même testament soit lu et compris. Plus d'une fois elles nous offrent des exemples de transactions faites utilement sur des dispositions

---

(1) L. 11, D., *De senatusc. maced.*

(2) Vinnius, c. 5, n° 7.

Voët, *De transact.*, n° 13.

(3) Sur la loi 1, D., *De transact.*; et encore sur les lois 1 et 2, D., *De reb. credit et jurejur.*; et dans ses notes sur le Dig.; il cite Emile Ferret.

de dernière volonté, quoique le testament n'eût pas été lu en entier (1).

Cujas pense donc que la loi 6 au D., *De transact.*, a été altérée par Tribonien, et que la décision en est ouvertement fausse (2).

100. Sous le C. c., je ne doute pas que cette opinion de Cujas ne soit la seule vraie. Aucun texte moderne n'a reproduit les idées de la loi 6, D., *De transact.* (3), et nos mœurs, aussi bien que le bon sens, repoussent les raisons d'utilité publique sur lesquelles les auteurs se fondaient pour l'expliquer. Le droit canonique s'était affranchi de la loi 6 en faisant corroborer la transaction par un serment. Aujourd'hui toute convention vaut un serment; toute convention est placée sous la sauvegarde de la bonne foi, de la conscience, aussi bien que si Dieu avait été pris expressément à témoin. Il suffit que les parties qui transigent sachent qu'il y a un testament; peu importe après cela qu'elles aient vu, ou n'aient pas voulu voir le contenu de ce testament. Plus les dispositions en sont ignorées, plus l'esprit de la transaction offre ce doute, cette incertitude qui est de l'essence de ce contrat. Ce ne serait qu'autant que la fraude au-

---

(1) Argum. de la loi 12, D., *De transact.* Favre, en le commentant, dit : « Cæterùm probat optimè hæc lex, non esse necessarium ad validitatem transactionis factæ super testamento, ut verba testamenti legantur et intelligantur. »

V. aussi la loi 78, § dernier, D., *Ad senatusc. Trebell.*

(2) *Junge* Emile Ferret sur la loi 6, *De transact.*

(3) *Junge* M. Merlin, v° *Transaction*, § 5, n° 3.

rait été mise en œuvre que la transaction serait attaquable. En un mot, les matières testamentaires ne sont pas plus privilégiées que les autres, et nous disons qu'elles doivent être gouvernées par les seules règles de bonne foi qui président aux transactions passées sur tout autre sujet.

101. Les transactions faites par le grevé de substitution, dans les cas où la loi permet les fidéicommis, sont tantôt permises, tantôt inopposables à l'appelé, suivant que le grevé se renferme, oui ou non, en les faisant, dans les droits dont il a la disposition.

Dans la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de 1747, les opinions étaient partagées : les uns tenaient que la transaction ne pouvait préjudicier au substitué (1) ; les autres, au contraire, partaient de ce principe que le grevé est propriétaire ; qu'il peut exercer toutes les actions ; que ce qui est jugé avec lui est aussi jugé avec le substitué ; ils en concluaient qu'il peut transiger sur un procès sérieux et difficile (2) ; car, disait Cochin, « c'est un parti » que la sagesse inspire et que les lois elles-mêmes » autorisent pour terminer des contestations qui

---

(1) Fusarius, *De substit.*, q. 562, cite tous les auteurs.

(2) Voët, *De transact.*, n° 8.
Peregrinus, art. 52, n°s 82 et suiv.
Ricard, part. 2, ch. 3, n° 10.
Cochin, t. 4, p. 306.
Fusarius (*loc. cit.*).
Casaregis, *disc.* 222, n° 66.
Urceolus, *quæst.* 50.

» ruineraient les parties en frais, et dont l'évène-
» ment est incertain (1). »

L'ordonnance de 1747 (2) crut cependant, tout en préférant cette seconde opinion, qu'il était nécessaire de pourvoir par quelque précaution efficace à la sûreté des biens substitués. En conséquence, elle décida que nulle transaction ne serait opposable au substitué si elle n'avait été homologuée par le parlement sur les conclusions du ministère public, le tout à peine de nullité.

Le Code civil n'a pas répété cette sage prescription, et l'on doit peut-être le regretter.

Que faire cependant? Introduire dans la jurisprudence moderne les garanties de l'ordonnance de 1747 (3)? Mais la loi seule le pourrait, et elle ne l'a pas fait.

En revenir à la doctrine antérieure à l'ordonnance de 1747? Mais quelle est la bonne entre les deux qui partageaient les auteurs? est-ce celle qui se prononçait contre la transaction, ou celle qui en admettait la légalité?

Et puis, l'art. 2045, qui fait dépendre le droit de transiger de la capacité de disposer, ne met-il pas obstacle à l'adoption de la seconde? Transiger, n'est-ce pas aliéner? Le grevé peut-il aliéner les choses comprises dans la substitution?

Notez bien que les partisans de l'opinion favo-

---

(1) T. 4, p. 306.

(2) Titre 2, art. 53.
Furgole, t. 7, p. 466.

(3) C'est ce que propose M. Duranton, t. 9, n° 592.

rable à la transaction ne lui trouvaient un appui qu'en soutenant qu'il n'était pas toujours vrai de dire que celui qui ne peut aliéner ne peut transiger. « Sed hoc argumentum (quòd si non licet » alienare, non etiam licet transigere) esse falsum » probant doctores, qui volunt licere transigere, » quandò est prohibita alienatio, si fiat bonâ fide ; » prætereà contrarium probatur in leg. *Præses*, 12, » C., *De transact.*, ubi habetur quòd qui non potest » alienare, potest tamen bonâ fide transigere (1) ; » quod dixit et Peregrinus. » Ce sont les paroles de Fusarius (2).

Or, est-il possible, en présence de l'art. 2045, de reproduire un tel raisonnement ?

Je crois donc (3) que du principe que le droit éventuel du substitué ne peut lui être enlevé sans son consentement, il faut tirer la conséquence que le grevé ne peut ni disposer ni par suite transiger.

102. Quelle est la valeur des transactions faites par l'emphytéote ? Les anciens auteurs faisaient beaucoup de distinctions à ce sujet (4). L'article 2045 les rend inutiles. Le principe qu'il contient répond à toutes les difficultés ; l'emphytéote ne peut nuire aux droits du propriétaire ; il ne peut, sans son consentement, amoindrir des droits qui doivent lui faire retour.

---

(1) V. en effet Doneau sur cette loi, n° 2.

(2) *Loc. cit.*, n° 7.

(3) *Junge* M. Marbeau, n° 119.

(4) Urceolus, *quæst.* 52.

ARTICLE 2047.

On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter.

SOMMAIRE.

103. De la clause pénale ajoutée à une transaction. Raison de douter de sa légitimité; raison de décider.
104. Quand la peine est-elle encourue?
105. Le débiteur qui a payé la peine stipulée peut ensuite attaquer la transaction.
106. S'il échoue, la peine sera bien payée.
107. S'il réussit, il pourra obtenir la restitution de ce qu'il a payé.

COMMENTAIRE.

103. Rien n'est plus favorable qu'une transaction, car rien n'est plus utile au bien de la paix et au maintien de la concorde; c'est pourquoi le législateur accueille et protége d'une manière spéciale tous les pactes qui en assurent la stabilité. Si donc les parties stipulent que celui qui attaquera la transaction consentie sera soumis à une peine, cette clause est valable (1). N'empêche-t-elle pas les procès de renaître? N'élève-t-elle pas des obstacles contre les impatiences qui remettent en question des points décidés et raniment des querelles refroidies (2)?

---

(1) Hermog., l. 16, D., *De transact.*
M. Toullier, t. 6, n° 818.
(2) L. 16, C., *De transact.* (Diocl et Maxim.).

Il est vrai cependant que cette clause pénale peut être elle-même le germe de nouveaux débats. Mais de quoi n'abuse-t-on pas avec du mauvais vouloir? Ce qui est décisif, c'est que la clause pénale est plutôt un moyen préventif, ou un préservatif, qu'une provocation à la lutte. Sous ce rapport, elle méritait d'avoir accès dans la faveur du législateur (1).

104. La peine est encourue du moment où il y a infraction à la transaction (2).

Y a-t-il manquement à la transaction qui inflige une peine à la partie qui l'attaque, lorsqu'on se borne à demander de bonne foi la réparation d'une erreur de calcul?

Un arrêt de la Cour royale de Bastia, du 6 février 1837, s'est prononcé, non sans raison, pour la négative (3). L'erreur de calcul est contraire à la volonté des parties; on est toujours admis à en demander la rectification.

105. Une fois la peine payée, le débiteur a le droit d'attaquer la transaction s'il croit en avoir les moyens. Le créancier ne saurait se prévaloir de la clause pénale pour élever une fin de non-recevoir. Le paiement de la peine ne lui a été fait que pour le dédommager des désagréments d'un nouveau procès. Il faut donc qu'il consente à subir

---

(1) M. Bigot (*Exposé des motifs*, Fenet, t. 15, p. 107).

(2) Art. 1184, 1230 C. c.
M. Toullier, t. 6, n° 829.
V. arrêt des req. du 10 déc. 1833 (Dal., 34, 1, 31).

(3) Devill., 37, 2, 448.

cette seconde épreuve (1). La partie qui a payé la peine a recouvré sa liberté.

106. Maintenant, quel sera le résultat de sa tentative ?

Si elle échoue, la peine sera bien payée, et la transaction devra, de plus, être exécutée (2).

107. Si elle réussit, c'est-à-dire si elle fait déclarer la transaction nulle, frauduleuse, etc., etc., la peine n'est pas due ; et si elle a été payée, il y a lieu à la répétition *condictione indebiti* ou *sine causâ* (3). La clause pénale, en effet, participe du vice qui infecte le contrat dont elle est l'accessoire.

Quelques auteurs cités par Valeron, et Valeron lui-même (4), pensaient que lorsque la partie qui attaque la transaction a eu un sujet probable d'intenter son action, n'étant animée d'aucun sentiment de vexation, la peine n'est pas encourue, bien que l'action échoue. Mais cette opinion n'est pas soutenable ; on reconnaît là le système de Molina sur le probabilisme. Valeron cite ce casuiste pour s'en autoriser ; nous le citons pour qu'on s'en défende.

---

(1) M. Toullier, *loc. cit.*, n° 831.
M. Zachariæ, t. 3, p. 145.
(2) M. Toullier, n° 834.
(3) Art. 1127 C. c.
M. Toullier, n°s 832 et 816.
M. Marbeau, n° 182.
(4) T. 6, *quæst.* 1, n°s 17 et 18.

Article 2048.

Les transactions se renferment dans leur objet; la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu.

Article 2049.

Les transactions ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé.

SOMMAIRE.

108. De l'interprétation des transactions. Elles se renferment dans leur objet.
109. La transaction est *strictissimi juris*.
110. Il faut l'interpréter d'une manière étroite, malgré quelques expressions générales. Il ne faut pas l'étendre au delà de son but spécial et défini.
111. De la transaction faite pour éteindre tous les différends existants.
112. La transaction éteint les débats futurs qui pourraient s'élever pour la même cause.
113. *Quid* des sujets de contestation inconnus *et incogitata?*
114. Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour rechercher la véritable intention des parties. Renvoi au n° 116.
115. Espèce rapportée par Casaregis.
116. Retour sur le pouvoir discrétionnaire des juges en cette matière.

COMMENTAIRE.

108. Les art. 2048 et 2049 contiennent des règles d'interprétation relatives à l'effet de la transaction.

La transaction doit se renfermer dans l'objet que les parties ont eu en vue. Fruit de la volonté, elle ne saurait s'étendre à des contestations auxquelles cette volonté est restée étrangère. *Lites*, disait Ulpien, *de quibus cogitatum non est, in suo statu retinentur* (1). La transaction est sans doute très favorable; elle ne doit pas être restreinte dans sa portée naturelle; mais, d'un autre côté, il ne faut pas l'étendre non plus *ad incogitata* (2). Quelque généraux que soient les termes d'une transaction, ils n'embrassent jamais que les points dont les parties ont entendu s'occuper. C'est pourquoi le même Ulpien a donné cette règle qui est le fondement des articles 2048 et 2049 : *Transactio quæcunque fit, de his tantùm, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur* (3).

109. De là les interprètes ont tiré cette conséquence, que la transaction est, quant à l'interprétation dont elle est susceptible, *strictissimi juris* (4), et qu'elle ne s'étend pas à d'autres choses, à d'autres cas, à d'autres personnes que les choses, les cas et les personnes qui y figurent. Ainsi, par exemple, une transaction faite sur le capital d'une

(1) L. 5, D., *De transact.*

(2) Favre, *Rationalia*, sur cette loi.

(3) L. 9, § 1, D., *De transact.*

(4) Valeron, tit. 5, *quæst.* 2, n° 1.

dot ne sera pas censée faite sur les intérêts (1), à moins que l'intention des parties n'ait été d'atteindre dans leur convention les accessoires et les annexes de la chose (2); une transaction faite sur certains biens (3) ne s'étend pas à d'autres biens. Il faut voir la cause de la transaction, et, cette cause trouvée, il faut s'y arrêter sans essayer de la franchir (4).

110. Cette idée est juste; elle doit être suivie alors même que les contractants se seraient servis des expressions les plus générales. Ainsi, supposons que la transaction porte que les parties renoncent à tous leurs droits, actions et prétentions; cette formule, usitée dans la plupart des actes de ce genre, n'embrasse, malgré sa généralité, que les droits, actions et prétentions qui se réfèrent au différend qui a donné lieu à la transaction (5). Sans quoi, elle serait captieuse, et il faudrait craindre d'employer dans les contrats des expressions générales. On ne comprend pas que de graves docteurs, excellents esprits du reste, aient pu penser que les termes généraux employés dans une transaction ont pour effet de réagir même sur les choses incon-

---

(1) Urceolus, *q.* 81, n° 7.

(2) Urceolus, *loc. cit.*, n°s XI et 25.

(3) *Id.*

(4) *Id.*

(5) Art. 2048. — Deluca, *De feudis* (*disc.* 57, n° 8), dit très bien : « *Ubi transactio habet certam causam expressam,* » *tum verba generalia non extendunt, sed stant famulativè et* » *accessoriè.* » Voyez aussi Urceolus, *loc. cit.*, n° 12. — Casaregis, *disc.* 177, n° 6. — Favre, *Code,* 2, 4, 12.

nues et ignorées des contractants (1). Une disposition générale ne doit pas dépasser les limites de la volonté des parties et l'objet de leur consentement (2). Et cela est surtout vrai en matière de transaction; sans quoi l'on tomberait dans de fâcheuses exagérations. La transaction s'interprète *quantùm verba sonant* (3). Quand elle a un but spécial et bien défini, on ne doit pas l'étendre au delà (4).

111. Quelquefois les parties, au lieu d'un seul différend, en ont plusieurs; la transaction les éteint tous, quand elle contient cette même forme de renonciation. Les parties ont eu évidemment en vue un assoupissement de toutes leurs querelles présentes et prévues (5). La transaction reste donc circonscrite dans son objet alors qu'on lui attribue cette portée. Nous l'avons dit tout-à-l'heure : si la transaction ne doit pas être élargie hors de son cadre, elle ne doit pas être amoindrie dans sa véritable sphère.

112. Soit que la renonciation générale n'englobe qu'un seul différend, soit qu'elle en embrasse plusieurs, elle est toujours censée éteindre (6) non-seulement les débats actuels, mais encore les dé-

---

(1) Urceolus, *q.* 81, n° 3, en donne la liste.

(2) *Id.*, n°s 4 et 5.

(3) *Id.*

(4) Casaregis (*loc. cit.*).
Cassat., 17 nov. 1812 (Sirey, 13, 1, 143).

(5) Valeron, *loc. cit.*, n°s 17, 18. — Favre, *Code*, 2, 4, 12.

(6) « *Exstinguit*, dit Deluca, *omnia jura et actiones!!* » (De alien., *disc.* 50, n° 26.)

bats futurs qui pourraient s'élever pour la même cause (1). La transaction a eu un but pacifique; elle veut que son objet soit purgé, soit pour le présent, soit pour l'avenir, de toute cause de dissension.

On a cependant jugé que, quelque généraux que soient les termes d'une cession de droits à la succession d'un émigré antérieurement à la loi de 1825, cette cession a pu être déclarée ne pas comprendre l'indemnité accordée par cette loi (2). Cette décision s'explique par les circonstances extraordinaires qui ont donné naissance à l'indemnité des émigrés.

113. Mais nous ne pensons pas, quoi qu'en disent de respectables auteurs (3), qu'il fallût attacher beaucoup d'importance à la clause par laquelle les parties déclareraient qu'elles entendent étouffer entre elles tout sujet de querelle, non-seulement pour les causes et les objets prévus, mais encore pour tous autres objets et causes non prévus, inconnus, et étrangers à l'objet de la transaction : *incogitata* (4). De telles clauses sont des clauses de style, introduites par l'ignorance des anciens notaires; et d'ailleurs, elles manquent de réflexion, elles ne sont pas raisonnables.

114. Au surplus, les tribunaux ont un pouvoir

---

(1) Urceolus, *loc. cit.*, n° 18.
V. arrêt de cass., req., 26 mai 1833 (Dal., 33, 1, 282).
(2) Cassat., req., 8 février 1830 (Dal., 30, 1, 112).
(3) Urceolus, *loc. cit.*, n° 18.
(4) Favre sur la loi 5, § 1, D., *De transact.*

discrétionnaire pour rechercher l'intention véritable des parties (1). L'art. 2049 fait clairement entendre en effet que c'est ici une question d'intention. Les juges doivent se livrer à ce travail avec soin, avec prudence. « *Inquirenda est anxiè*, dit Urceolus, *et diligenter mens et voluntas contrahentium; quâ repertâ et cognitâ, potissimùm ea est tenaciter sequenda* (2). »

115. Pour achever de mettre en lumière nos deux articles, je crois utile de rappeler l'espèce suivante donnée par Casaregis (3).

Les sieurs Andreas et les frères Desiis, donataires universels du capitaine Antoni, citèrent en justice les tuteurs de Thérèse et Julie, héritières de J. Desiis leur père, pour obtenir la restitution d'une somme d'argent déposée entre les mains dudit J. Desiis.

Il faut savoir qu'antérieurement une transaction avait été faite entre les parties; que les sieurs Andreas et les frères Desiis avaient donné quittance aux sœurs Desiis, comme héritières de Jean leur père, dans des termes très généraux. Il y avait eu une société universelle de biens entre Jean Desiis et le capitaine Antoni, et c'est à l'occasion de cette société que la transaction avait eu lieu (4). Les frères Desiis disaient : Oui, sans doute, la transac-

---

(1) Casaregis, *disc.* 177, n° 6.

(2) *Loc. cit.*, n° 25.
V. *Infrà*, n° 116.

(3) *Disc.* 177.

(4) N° 3.

tion qu'on nous oppose est conçue dans des termes généraux et même effrénés (*amplitudo, licet effrenata et amplissima clausularum*) ; mais on ne peut l'étendre à des choses qui en sont indépendantes, à des prétentions qui y sont étrangères.

Or, la transaction, comme l'indique son préambule, n'a eu pour objet que la société de biens ; il ne faut donc pas l'étendre à un dépôt étranger à la société.

Mais on répondait :

Les parties ont voulu transiger sur tous leurs démêlés, sur toutes leurs prétentions; elles auraient manqué leur but si l'affaire du dépôt avait été en dehors de leurs accords (1).

Il faut convenir que si la transaction avait été taxativement faite pour un objet spécial, les termes généraux dont les contractants se seraient servis devraient se référer à cet objet spécial (2). Mais ici il n'est pas vrai que la transaction n'ait eu en vue qu'un objet spécial. A la vérité, on y parle de la société universelle; mais ce n'est que par occasion, *nisi pro occasione tantùm transactionis* (3). Les parties laissent entendre qu'elles veulent se pacifier en toutes choses et de tous points ; elles le répètent plusieurs fois dans les termes les plus larges, les plus généraux, les plus compréhensifs.

En conséquence, Casaregis est d'avis et juge

---

(1) N° 5.

(2) N° 6. C'est ce que dit l'art. 2045. *Suprà*, n° 110.

(3) N° 6.

que le dépôt a été l'un des objets de la transaction et qu'il n'y a pas à y revenir.

116. Nous disions tout-à-l'heure que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour interpréter la convention. On a cependant prétendu que les transactions, étant comparables à la chose jugée, peuvent être soumises à une interprétation nouvelle par la Cour de cassation. Mais la jurisprudence de la chambre des requêtes a toujours résisté à cette extension des pouvoirs de la Cour suprême (1). Est-ce bien le travail de cette Cour que de rechèrcher l'intention des parties cachée sous la formule des actes ; *de la reconnaître*, comme dit l'art. 2049, *par une suite nécessaire de ce qui est exprimé;* d'entrer dans le détail de ce qui est exprès ou de ce qui est tacite? N'est-ce pas plutôt l'œuvre du juge du fait, et non pas le devoir du juge qui n'a à s'occuper que du point de droit ?

Et d'ailleurs, bien que l'on compare la transaction à la chose jugée, n'est-ce pas par pure assimilation que l'on tient ce langage? N'est-il pas certain qu'il y a de nombreuses et profondes différences entre la transaction et la chose jugée ? Enfin, la transaction peut-elle être autre chose qu'une convention privée, et n'est-ce pas le nom que lui donne le jurisconsulte Scævola : *privata*

---

(1) Arrêts des 20 sept. 1832 (Dal., 33, 1, 8);
26 nov. 1828 (Dal., 29, 1, 33);
24 nov. 1832 (Dal., 33, 1, 141);
16 juin 1834 (Dal., 34, 1, 53).

pactio (1)? On peut consulter, du reste, sur le dernier état de la question un arrêt de la chambre des requêtes du 20 juin 1841, rendu au rapport de M. Mesnard. Il confirme pleinement ces idées (2).

Article 2050.

Si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure.

SOMMAIRE.

117. Application par l'art. 2050 de la règle posée au n° 109.
118. Exemple.
119. Réponse à mes objections.

COMMENTAIRE.

117. L'art. 2050 contient une application de la règle posée au n° 109.

Je suis investi d'un droit qui me vient de mon chef; je transige et je l'abandonne en partie; mais voilà que j'acquiers ce même droit du chef d'une autre personne. Je ne suis point lié, à l'égard de ce droit nouvellement acquis, par la transaction précédente. Sans quoi, la transaction s'étendrait au delà de son objet; elle embrasserait des points imprévus (*incogitata*) (3).

---

(1) L. 3, D., *De transact.*

(2) Devill., 42, 1, 42. Autre inédit du 6 mai 1846, au rapport de M. Jaubert (Barba contre Tresse).

(3) MM. Zachariæ, t. 3, p. 145; Duranton, t. 18, n° 416.

118. C'est ce qui se voit par l'espèce suivante : J'hérite de Paul pour moitié et je transige avec Jean sur la propriété du Champ-Fleury, litigieux entre Paul et Jean. Mon cohéritier renonce à sa part, qui accroît à la mienne (1) ; ou bien ce cohéritier me la vend. Il est clair que je ne suis pas lié par la transaction quant à la part de mon cohéritier (2).

119. Vainement dira-t-on, dans le cas de renonciation, que mon cohéritier est censé n'avoir jamais été héritier (3), et que, par conséquent, le droit qui me vient de son chef n'est pas un droit nouveau pour moi. Il faut répondre : Lorsque notre article se sert de ces mots : *droit nouvellement acquis*, il entend parler d'un droit dont l'acquisition est postérieure à la transaction, de telle sorte qu'à l'époque de la convention il a été impossible d'y avoir égard.

ARTICLE 2051.

La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés, et ne peut être opposée par eux.

SOMMAIRE.

120. La transaction ne peut être opposée aux tiers.
121. L'art. 2051 ne fait que rappeler un principe de droit commun.

---

(1) Art. 786 C. c.
(2) M. Duranton (*loc. cit.*).
(3) Art. 785 C. c.

122. La transaction lie les héritiers des contractants.

123. La transaction ne peut être opposée aux tiers quand même l'intérêt de ces tiers serait connexe.

124. La transaction faite par un associé ne nuit pas aux autres.

125. La transaction d'un codébiteur solidaire ne nuit pas aux autres.

126. Mais la transaction profite à ceux qui ont un intérêt solidaire.

127. Du cas où l'intérêt est indivisible.

128. La transaction faite par le débiteur principal profite à la caution.

COMMENTAIRE.

120. On n'a pas besoin de comparer la transaction à la chose jugée pour décider qu'elle n'a d'effet qu'entre les parties intéressées et ne peut être opposée aux tiers. C'est le propre de toutes les conventions quelconques de ne pouvoir ni nuire ni profiter aux tiers (1). A cet égard, la transaction n'est ni plus ni moins privilégiée que les autres contrats.

121. L'art. 2051 ne fait donc que rappeler un principe de droit commun quand il décide que la transaction ne lie que les intéressés qui y ont été partie, et non pas les autres intéressés.

Un rescrit impérial conservé par Scævola donne un exemple de cette règle :

« Imperatores Antoninus et Verus ità rescripse-
» runt : Privatis pactionibus non dubium est non
» lædi jus cæterorum; quarè transactione, quæ

(1) Art. 1165 C. c.

» inter hæredem et matrem defuncti facta est, ne-
» que testamentum rescisum videri posse, neque
» manumissio, vel legatariis actiones suæ ademptæ;
» quarè quidquid ex testamento petunt, scriptum
» hæredem convenire debent, qui, in transactione
» hæreditatis, aut cavit sibi pro oneribus hæredi-
» tatis; aut si non cavit, non debet negligentiam
» suam ad alienam injuriam referre (1). »

Dans ce texte, il s'agit d'une transaction faite avec un héritier, et la question est de savoir si elle peut être opposée aux légataires et aux affranchis. La négative est incontestable. La transaction est l'ouvrage de la volonté de l'héritier, et il ne saurait être permis à ce dernier d'enlever par son fait aux légataires et aux affranchis des actions qui leur appartiennent légitimement.

122. Il est bien entendu, au surplus, que la transaction lie les héritiers des parties (2); car ceux-ci ne sauraient impugner le fait de leur auteur. Elle lie aussi tous ceux qui seraient liés par le droit commun, tels que les mandants, les représentants, les ayants-cause.

Mais quiconque est tiers, quand même il serait co-intéressé, reste affranchi des effets de la transaction.

123. Ceci est applicable quand même l'intérêt des tiers serait connexe. *Et est regula*, dit Urceolus,

---

(1) L. 3, D., *De transact.*

(2) Urceolus, *quæst.* 80, nos 1 et suiv.
L. 14, C., *De re vindicat.*
L. 192, D., *De reg. juris.*

quòd transactio facta cum unâ personâ alii non prodest neque nocet, licet habenti jus connexum cum ipso transigente (1). Cette règle s'appuie sur la loi 1, C., *De transactionibus*. Trois tuteurs avaient géré une tutelle en commun, et le mineur n'avait transigé qu'avec deux seulement. L'empereur décide que les actions restent entières contre le troisième (2).

124. C'est pourquoi Voët enseigne que lorsque plusieurs personnes sont associées, la transaction faite par l'une d'elles, sans pouvoir exprès ou tacite, ne nuit pas aux autres associés (3). Un associé peut bien faire meilleure la condition de ses coassociés ; il ne peut la rendre plus mauvaise.

125. Lors même que la solidarité régnerait entre plusieurs créanciers ou débiteurs, la transaction faite par l'un d'eux ne serait pas opposable aux autres (4). De quel droit la situation commune pourrait-elle être aggravée par le fait d'un seul ?

126. Mais s'il est vrai de dire que la transaction ainsi faite n'a aucune vertu pour nuire aux autres, il n'est pas moins exact de remarquer qu'elle leur profite (5). Si, par exemple, l'un des débiteurs solidaires est déchargé par la transaction, cette

---

(1) *Quæst.* 73, n° 26.

(2) Antoninus.

(3) *De transact.*, n° 22.
Mon com. de la *Société*, t. 2, n° 690.

(4) Doneau sur la loi 1, C., *De transact.*, n°s 2 et 3.

(5) Art. 1121, 1208, 1285 C. c.

décharge profite aux autres (1); car il n'y a qu'une dette, et si elle est une fois éteinte à l'égard des uns, elle est éteinte à l'égard des autres (2).

127. Dans les matières indivisibles, on suit les mêmes idées.

Trois copropriétaires du fonds A ont une servitude sur le fonds B. L'un d'eux transige avec le propriétaire du fonds B et consent à limiter la servitude. Cette transaction sera sans effet à l'égard de ses consorts.

Mais si la transaction a été faite dans un esprit inverse, et si le propriétaire du fonds B reconnaît avec l'un des copropriétaires du fonds A l'existence de la servitude qu'il avait d'abord contestée, les autres copropriétaires se prévaudront avec succès de cette transaction (3).

128. La transaction faite avec le débiteur principal profite à la caution (4). Nous en avons donné les raisons dans notre commentaire du *Cautionnement* (5).

---

(1) M. Albisson, tribun (Fenet, t. 15, p. 118).
M. Marbeau, n° 263.
M. Duranton, t. 18, n° 420.
M. Zachariæ, t. 3, p. 144 (note).
(2) Valeron, t. 5, *quæst.* 3, n° 17.
(3) M. Duranton, t. 18, n° 418.
(4) Urceolus, *quæst* 74.
M. Zachariæ, t. 3, p. 145.
(5) Voyez les n°s 460, 506, 507, 508, 512.

Article 2052.

Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion.

SOMMAIRE.

129. Autorité de la transaction. Elle est comparée à la chose jugée. Mais elle diffère cependant de la chose jugée par des points essentiels.

130. 1re différence.

131. 2e différence.

132. 3e différence. Sous quelques rapports la transaction a plus de solidité que le jugement. Sous d'autres elle en a moins.

133. 4e différence. Un jugement est divisible : *tot capita, tot sententiæ*. La transaction est indivisible par sa nature.

134. 5e différence. En ce qui concerne les tiers.

135. La transaction ne peut être attaquée pour erreur de droit. Exemples d'erreur de droit dans une transaction.

136. Cas exceptionnel où l'erreur de droit a été prise en considération.

137. De l'erreur de fait. En général elle ne vicie pas la transaction. Raison de cette proposition.

138. Mais quand l'erreur de fait est substantielle et enlève toute cause à la transaction, elle est un vice pour ce contrat.

Exemples et renvoi aux articles suivants.

139. La lésion même énorme ne vicie pas la transaction.

140. Suite. Les transactions qui intéressent les mineurs ne peuvent pas plus que les autres être rétractées pour cause de lésion quand on y a observé les formalités voulues.

141. Mais si la transaction est plutôt un partage qu'une transaction, il y aura lieu, s'il y échet, à l'action pour lésion.

COMMENTAIRE.

129. La transaction est un contrat d'une grande autorité (1). Voilà pourquoi on est dans l'usage de la comparer à la chose jugée. « *Non minorem auc-* » *toritatem transactionum, quàm rerum judicatorum esse,* » *rectâ ratione placuit. Siquidem nihil tàm fidei congruit* » *humanæ, quàm ea, quæ placuerunt custodiri.* » Tel est le langage des empereurs Dioclétien et Maximien (2).

Cette comparaison de la transaction et de la chose jugée est célèbre dans le droit (3). Elle se soutient par cette considération, que la transaction est un jugement prononcé par les parties dans leur propre cause.

Cependant, au fond, il s'en faut de beaucoup que la transaction et la chose jugée soient identiques (4).

130. Un jugement est le fruit d'une conviction portée jusqu'à la certitude dans l'esprit du magistrat qui le prononce. Une transaction, au contraire, est presque toujours une concession arrachée par le doute sur le droit, et par la défiance de sa propre opinion.

131. Le jugement n'est rendu que sur une contestation née. La transaction peut porter sur des contestations à naître.

---

(1) Diocl. et Maxim., l. 16, C., *De transact.*

(2) L. 20, C., *De transact.*

(3) *Junge* l. *unic.*, C., *De errore calculi.*
Deluca dit : *Habet speciem rei judicatæ* (*De empt., disc.* 19, n° 16.

(4) Voyez mon commentaire *du Cautionnement*, n° 512.

132. Un jugement, quoique passé en force de chose jugée, peut être attaqué par certaines voies de droit, la cassation, la requête civile. Une transaction a plus de solidité (1); elle est sous ce rapport plus sacrée que le jugement, ainsi que le disait M. Tronchet au premier consul (2). C'est pourquoi nous lisons dans le président Favre : « *Quantò majoris auctoritatis est transactio, quàm res judicata* (3). »

D'un autre côté, il y a des cas où une transaction peut être attaquée pour raison de pièces nouvellement découvertes (art. 2057), tandis que la chose jugée n'est pas ébranlée par cette circonstance (4).

133. Un jugement peut être cassé sur un point et maintenu sur un autre. Dans la transaction, au contraire, la nullité d'une des dispositions entraîne naturellement la nullité des autres (5). Car en règle générale toutes les parties d'une transaction s'enchaînent d'une manière inséparable. On n'a transigé qu'à des conditions corrélatives, et si l'une manque, tout doit s'écrouler (6). Je dois dire cependant qu'un arrêt de la chambre des requêtes du 9 février 1830 (7), en rejetant un pourvoi formé contre un

---

(1) Doneau sur la loi 20, C., *De transact.*, n° 3.

(2) Fenet, t. 15, p. 96.

(3) Sur la loi 3, D.; *De transact.*

V. *infrà*, n° 165.

(4) *Infrà*, n° 165.

(5) Art. 2055.

Voyez *infrà*, n° 152; je cite d'imposantes autorités.

(6) Caen, 11 mars 1844 (Devill., 44, 2, 499).

(7) Devill., 31, 1, 339.

arrêt de la Cour royale de Besançon qui n'avait annulé une transaction que pour partie seulement, paraît contraire, au premier coup d'œil, à ma proposition. Mais réfléchissons cependant que dans cette matière la Cour de cassation est obligée de beaucoup accorder à l'interprétation souveraine des cours royales. Or, il n'est pas rigoureusement impossible que, dans tel cas donné, l'intention des parties, appréciée par les juges du fait, n'ait été que les chefs divers de leur transaction fussent indépendants les uns des autres, de telle sorte qu'elles ont entendu en traiter séparément. Alors comment ne pas s'incliner devant cette volonté? Mais ce que nous soutenons, c'est qu'en général, et de droit, cette intention n'existe pas; c'est qu'elle est contraire au principe de la corrélation des divers chefs d'un contrat; c'est qu'une cour royale fausse les faits en l'admettant sans preuves aussi claires que le jour (1).

134. Mais c'est surtout à l'égard des tiers que la transaction se distingue de la chose jugée. Le jugement est exécutoire à l'égard des tiers. La transaction se renferme entre les parties. Aussi notre article a-t-il soin de dire : « Les transactions ont *entre les parties* l'autorité de la chose jugée. » En effet, entre les parties, la transaction a tout autant de puissance et peut-être plus (2) que la chose jugée.

Mais, au delà des parties, la transaction n'a pas

(1) *Suprà*, n° 68.
(2) *Suprà*, n° 132.

l'autorité de la chose jugée; elle n'a pas de vertu exécutive (1). Bien plus, il faut être beaucoup plus réservé pour l'opposer à des tiers (art. 2051) que lorsqu'il s'agit de la chose jugée. Quelquefois l'on admet que telle personne a été représentée dans un jugement par le demandeur ou le défendeur, et on ne lui permet pas de remettre en question ce qui a été jugé avec ses représentants présumés. Mais comment une telle présomption serait-elle facilement recevable dans une matière qui dépend du libre arbitre des transigeants? Est-il juste qu'on fasse rejaillir au delà des contractants seuls, un acte qui est l'ouvrage de leur seule volonté? Parce que l'une des parties a eu des inquiétudes sur sa situation et sur ses droits, et qu'elle en a fait le sacrifice volontaire, s'ensuit-il que d'autres doivent en souffrir? et ne faut-il pas qu'à l'égard de ceux-ci les choses restent entières? C'est ce qui fait dire au président Favre : « *Mirum non est auctoritatem rei ju-* » *dicatæ latiùs patere quàm transactionis ; quamvis non* » *negem inter eos ipsos qui transegerunt, transactionem* » *rei judicatæ vim habere* (2). » Aussi voit-on le jurisconsulte Scævola décider qu'une transaction est sans effet à l'égard de personnes qui n'y ont pas été parties, mais qui seraient censées y avoir été représentées s'il s'agissait de chose jugée (3).

Enfin, il est souvent nécessaire de faire tierce opposition à un jugement. On n'est jamais obligé

---

(1) Quoi qu'en dise bien à tort Urceolus, *quæst.* 69.

(2) Sur la loi 3, D., *De transact.*

(3) L. 3, D., *De transact.*

de faire tierce opposition à une transaction. Il suffit à la partie à laquelle on l'oppose de dire : Elle est pour moi *res inter alios acta.*

135. Nous disions tout-à-l'heure que la transaction, plus forte et plus solide que la chose jugée, échappe à certains recours qui sont de nature à faire tomber les jugements. Ainsi, par exemple, lorsqu'une erreur de droit vicie un arrêt, le pourvoi en cassation est ouvert, et la Cour suprême casse la décision qui a méconnu la vérité légale ; car c'est le droit que les parties sont venues lui demander.

Une transaction, au contraire, n'est pas attaquable pour cause d'erreur de droit. On en comprend la raison. D'abord l'erreur de droit ne se suppose pas, ou du moins elle ne s'excuse pas facilement. De plus, la transaction est toujours censée avoir une juste cause, puisqu'il lui suffit d'avoir concilié les parties et éteint leurs différends. Ces principes sont anciens : le C. c. n'a fait que les sanctionner.

Ainsi : une partie, propriétaire d'une succession, transige avec une personne qui se dit, à tort et sans droit, seule propriétaire de cette même succession. Celle-ci colore son droit de manière à faire illusion. Mais ce n'est qu'une erreur, et tous les droits sont en réalité dévolus à l'autre partie. Il n'importe : l'erreur de droit ne viciera pas la transaction (1).

---

(1) Cassat., 22 juillet 1811.
Dal., *Transact.*, p. 679 et 680.
Devill., 3, 1, 382.

Ainsi encore : Titius, accordant la qualité d'héritier à Primus qui ne l'a pas encore ou ne l'a pas pour le tout, transige avec lui comme s'il en était investi actuellement et sans partage. Une telle transaction est fondée sur une erreur de droit; mais cette erreur n'en saurait infirmer la validité (1).

Ainsi encore : un acte est vicié d'une nullité de droit qui a pu être connue, et une partie, le supposant valable, transige sur ses effets. Cette transaction est bonne; on ne saurait en obtenir la nullité (2). L'art. 2054 ci-après n'est pas une objection contre cette solution, car cet article doit se concilier avec l'art. 2052. Il n'envisage que l'erreur de fait, et non l'erreur de droit.

136. Un arrêt de la Cour de cassation, du 24 mars 1807 (3), a cependant décidé qu'une transaction fondée sur une erreur de droit ne renfermait pas un acquiescement dont on pût se prévaloir contre la partie. Mais cet arrêt, quoique bien rendu dans son espèce, ne peut tirer à conséquence. Une personne croyant, par suite d'une erreur générale, que les trop célèbres jugements arbitraux, mis en honneur par la république, étaient inattaquables, avait transigé en l'an III; lorsqu'ensuite elle voulut se pourvoir en cassation, on lui opposa cette transaction à titre de fin

---

(1) Cassat., 4 mars 1840 (Devill., 40, 1, 382).

(2) Cassat., req., 25 mars 1807.
Merlin, v° *Transact.*, § 5, n° 4.
Devill., 2, 1, 363.

(3) Répert., v° *Communaux*, p. 607.

de non-recevoir. Mais la Cour de cassation ne s'y arrêta pas. Et, en effet, le législateur, prenant en considération la généralité de cette erreur et ses désastreux effets, avait cru devoir relever ceux qui l'avaient commise de leurs acquiescements (1).

137. Mais l'erreur de fait vicie-t-elle la transaction?

En général, non (2); et ce n'est pas toujours d'une manière absolue qu'il faut en tenir compte.

« Quod transactionis nomine datur, licèt res » nulla media fuerit, non repetitur. *Nam si lis » fuit, hoc ipsum quod à lite disceditur causa videtur » esse* (3). » Ainsi parle le jurisconsulte Paul (4). Et cette décision est très significative. Essayons d'en développer la pensée. Il faut supposer d'abord que celui qui s'oblige à donner quelque chose par une transaction ne doit rien en réalité. C'est, d'après l'interprétation d'Accurse, le sens de ces mots : *licèt res nulla media fuerit*. Eh bien! quoique en général ce qui est payé sans être dû soit sujet à répétition, néanmoins la transaction tiendra. Elle a une cause légitime : *causa videtur esse*. Il suffit qu'il y ait eu une contestation sur la chose prétendue, mais non due; cette seule circonstance sert de base à la transaction, c'est-à-dire à la convention par laquelle on assoupit une contestation. Dans la transaction, la matière est beaucoup moins une

---

(1) M. Merlin, Répert., v° *Transaction*, § 5, n° 2.

(2) M. Daniels, Répert., v° *Transact.*, § 5, p. 77, col. 2.

(3) L. 65, § 1, D., *De condict. indebiti.*

(4) Lib. 17, ad Plautium.

chose due qu'une chose douteuse (1). Quand un procès, même injuste (2), est engagé ou menace de s'engager, la crainte des suites fâcheuses qu'il entraîne est une cause suffisante pour transiger. Il ne faut donc pas rechercher si ce que l'on abandonne ou ce que l'on promet dans une transaction était dû, oui ou non, en vertu d'une cause antérieure (3); car ce point est indifférent. Il n'y a qu'une chose à considérer : y avait-il procès ou crainte de procès? L'abandon de ce procès, la renonciation à la prétention qu'il élève, voilà la véritable, la seule cause du contrat. Peu importe après cela que la partie qui paie quelque chose ait cru, à tort et par erreur de fait, que son adversaire pouvait être créancier, tandis que c'était elle qui l'était. On ne transige jamais sans s'exposer à consacrer de pareilles erreurs, sans ériger en droit ce qui n'est qu'une prétention, sans attribuer à une réclamation injuste les avantages d'une réclamation légitime.

Cette décision que nous venons d'emprunter à Paul, nous la trouvons reproduite dans la loi 2 au C., *De transactionibus* (4). « Cùm te proponas cum » sorore tuâ de hæreditate transegisse, et ideò cer-

---

(1) Favre : « Materia transactionis non versatur *circa rem dubitam*, *sed tantùm circa rem dubiam.* » (Sur cette loi.)

(2) Favre (*loc. cit.*).

(3) *Id.* : « *Hoc* dicimus, non requiri ut quod ex transactione datur vel promittitur, vel retinetur, ex aliâ anteriore causâ debeatur. »

(4) Antoninus.

» tam pecuniam ei te debere, cavisse ; etsi nulla » fuisset quæstio hæreditatis, tamen propter timo- » rem litis transactione interpositâ, pecunia rectè » cauta intelligitur, etc. » Dans cette espèce, l'empereur suppose que la question d'hérédité sur laquelle on avait transigé a pu être vaine. Il n'en décide pas moins que, par cela seul qu'il y avait procès ou crainte de procès, il y avait matière à transaction.

Enfin, les empereurs Dioclétien et Maximien confirment ces idées dans la loi 19, C., *De transactionibus* (1).

Et rien n'est plus logique et plus réfléchi. Nous le répétons : celui qui transige s'expose aux erreurs dont il vient d'être parlé. Mettre le droit à la place de l'injuste, et l'injuste à la place du droit, c'est presque toujours le fruit des transactions où chacun se relâche de quelque chose et paie par un sacrifice le rétablissement de la paix.

138. Toutefois, il y a aussi des cas où l'erreur est tellement substantielle qu'elle affecte la transaction d'un vice radical. Le consentement doit présider à la transaction comme à tous les autres contrats ; si donc une erreur est prouvée qui a faussé le consentement dans son essence, la transaction doit s'évanouir.

C'est pourquoi l'erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation fait rescinder la transaction (art. 2053).

---

(1) Voyez, sur tout cela, Doneau, sur le t. *De transact.* (t. 7, p. 266).

C'est pourquoi l'erreur de fait d'après laquelle on considère comme valable un titre éteint, annulé, révoqué, etc., etc., est aussi une cause de rescision de la transaction (art. 2054).

C'est pourquoi encore l'erreur causée par des pièces fausses ne doit pas tirer à conséquence (art. 2055).

C'est pourquoi la transaction faite sur un procès terminé par un jugement dont les parties ignoraient l'existence est nulle.

C'est pourquoi enfin l'art. 2057 veut qu'on puisse revenir sur une transaction dont l'objet n'était contesté entre les parties que dans l'ignorance de pièces retrouvées depuis.

Dans tous ces cas, l'erreur est radicale; elle vicie le consentement dans ce qu'il doit avoir de plus libre, de plus réfléchi. Mais, en dehors de ces cas graves et spécialement prévus par les art. 2053 et suiv., l'ignorance et l'erreur de fait sont insuffisantes pour faire rescinder une transaction.

139. Voilà pour ce qui concerne l'erreur de droit et l'erreur de fait.

Quant à la lésion énorme, il n'y a pas de raison, quoi qu'en aient dit Bartole et sa nombreuse école (1), pour en faire une cause de rescision de la transaction, et rien ne serait plus préjudiciable à l'intérêt public que de permettre aux parties de revenir sur une transaction sous prétexte de lé-

---

(1) Casaregis admettait la lésion énorme (*disc.* 213, n° 14); ainsi que Deluca, *De regalib.* (*disc.* 195, n° 11).

sion (1). La loi 78, § 16, D., *ad senatusc. Trebellian* (2), est formelle; elle décide qu'il n'y a pas d'énorme lésion qui puisse infirmer une transaction. Et, en effet, comment serait-il possible d'arriver à la preuve d'une lésion? Comment la partie qui se prétend lésée sait-elle que l'issue du procès lui aurait été favorable? Qui peut prévoir les chances et la fortune des procès? Comment soutenir qu'on a perdu à la transaction, et qu'on aurait gagné par le procès? Peut-être aurait-on perdu davantage par la sentence du juge (3).

C'est pourquoi l'ordonnance de Charles IX d'avril 1560 (4) déclare que toute transaction faite sans dol ni violence est à l'abri de l'action en rescision pour lésion quelconque. Notre article ratifie cette sage jurisprudence (5).

140. Nous n'exceptons pas même de cette règle les transactions qui intéressent les mineurs, pourvu qu'elles aient été faites dans les formes légales (6). L'art. 1305 du C. c. me paraît devoir être limité par la disposition générale de notre article ; d'ailleurs, la matière de la transaction résiste à des attaques de cette nature. Le privilége de la minorité ne peut faire qu'on s'abandonne.

---

(1) Favre, *De errorib. pragmatic.* (decad. 8, error 10).

(2) Scævola (lib. 18, Digest.).

(3) Favre, *Ration.*, sur la loi 65, § 1, D., *De condict. indebiti.*

(4) Favre la cite dans son traité : *De erroribus.*

(5) M. Merlin, v° *Transaction*, § 5, n° 7.

(6) Mon com. de la *Vente*, t. 1, n° 166 ; arg. des art. 1377 et 2052.

avec une facilité presque toujours téméraire, à la recherche de la lésion dans un acte de la nature de la transaction (1). Si, du reste, nous voyons dans les lois 1 et 2, C., *Si adversus transactionem*, des mineurs restitués contre des transactions, c'est qu'il s'agissait de mineurs ayant transigé personnellement et réclamant le bénéfice de leur âge : *propter ætatis auxilium* (2). Mais ici nous supposons que la minorité a été couverte par les autorisations de la loi et l'intervention du tuteur.

141. Si la transaction est plutôt un partage entre héritiers qu'une véritable transaction, il ne faut pas s'arrêter à l'apparence des choses. L'action pour lésion sera admise aux termes de l'article 888 C. c. (3).

Si, au contraire, il apparaît que les parties, ayant des prétentions diverses et contraires sur la consistance de leurs droits afférents, règlent leurs intérêts par une véritable transaction, l'art. 888 devra être écarté et notre article aura la préférence (4).

---

(1) *Contrà*, M. Merlin, v° *Transaction*, § 5, n° 8.

(2) L. 2, C., *Si advers. transact.*

(3) M. Merlin, Répert., v° *Transaction*, § 5, n° 13.

(4) M. Merlin, *loc. cit.* Il cite un arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1809.

Junge req., 3 décembre 1833.

Dalloz, 34, 1, 38.

ARTICLE 2053.

Néanmoins, une transaction peut être rescindée lorsqu'il y a erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation.

Elle peut l'être dans tous les cas où il y a dol et violence.

SOMMAIRE.

142. Le dol et la violence sont une cause de rescision dans la transaction.
143. Il en est de même de l'erreur sur la personne.
144. Et de l'erreur sur l'objet de la contestation.

COMMENTAIRE.

142. Nous parlions tout-à-l'heure du dol et de la violence qui peuvent infecter une transaction (1). Il est évident que se sont là des vices radicaux, et que la transaction n'est placée si haut dans le respect de la loi et de la société que parce qu'on la suppose pure de cette contagion. Le dol et la violence sont donc des causes de rescision de la transaction (2).

Par exemple : un assuré avait transigé avec son assureur ; moyennant une somme de 6,800 qu'il avait reçue, il avait abandonné à ce dernier la propriété entière du navire dans le cas où il reviendrait

---

(1) N° 139.

(2) Paul, l. 65, § 1, D., *De condict. indebit.*
Diocl. et Max., l. 13, C., *De transact.*
Casaregis, *disc.* 214, n° 9.

à bon port. L'assuré, par une réticence calculée, avait caché à l'assureur l'existence de contrats à la grosse qui grevaient le navire. Le navire étant revenu, et l'assureur ayant eu connaissance des charges qui rendaient sans valeur pour lui la cession du navire, celui-ci demanda la rescision de la transaction. Un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 2 avril 1835 (1), n'hésita pas à la prononcer en qualifiant de dol le fait dont il s'agit.

Mais de ce que la prétention élevée par l'une des parties est injuste, exorbitante, il ne faudrait pas en conclure que le dol a pris place dans la transaction. Chacun est maître d'intenter, à ses risques et périls, une action mal fondée. C'est à l'adversaire à y résister s'il le juge convenable; la société lui offre à cet égard protection et garantie. Le dol ne commence que lorsque le demandeur a circonvenu le défendeur par des moyens frauduleux, et qu'à l'aide de ces manœuvres il lui a arraché une transaction (2).

Il ne faudrait pas non plus considérer comme dol certaines jactances employées par une partie pour faire valoir ses prétentions, certaines vanteries déplacées, certaines allégations hasardées. Écoutons le récit d'une espèce sur laquelle Cujas fut consulté (3).

La peste ayant fait de grands progrès dans la ville, un mari et une femme se firent une dona-

---

(1) Dal., 35, 2, 113.

(2) Doneau sur la loi 13, C., *De transact.*, n° 6.

(3) Cujas, *consult.* 48.

tion mutuelle en vertu de laquelle le survivant prendrait MILLE sur les biens du défunt. L'épouse meurt sans testament. Des difficultés s'élèvent après son décès entre le mari et l'héritier de la femme. Le mari prétendait droit à des sommes considérables que sa femme lui devait, disait-il, ainsi qu'aux effets de la donation mutuelle; et, pour intimider l'héritier, il lui donnait à entendre qu'il se pourrait bien qu'un testament, fait par la défunte en faveur de lui mari, lui accordât non pas seulement ce qu'il demandait, mais toute l'hérédité. On transigea. Il fut convenu que tous les biens de l'épouse resteraient au mari avec les charges héréditaires, sans garantie en cas d'éviction, le tout moyennant que ledit mari paierait à l'héritier une somme de 1,800. Bientôt l'héritier se repentit; il prétendit que c'était par l'effet d'un dol qu'il avait cédé une hérédité opulente pour 1,800; que les actes dont le mari s'était prévalu pour appuyer ses prétentions étaient irréguliers dans la forme; que la donation n'avait pas été insinuée; que les autres actes n'étaient pas signés, etc.

Cujas disait : Le traité dont il s'agit contient une vente de l'hérédité. La stipulation de non-garantie, si fréquente dans ce contrat (1), en est la preuve. Or, point de rescision en matière de vente d'une hérédité. Du reste, il n'est pas nouveau de voir une vente contenue dans une transaction (2).

---

(1) L. 1, C., *De evict.*

(2) L. 3, D., *Pro emptore* (Ulpien).
L. 46, D., *De rei vindicat.* (Paul).

Quant à la fraude, où la voit-on manifeste et caractérisée? Si le mari avait persuadé à son adversaire, par un faux serment ou autre mensonge insigne, qu'un testament existait, à la bonne heure! mais il n'a fait, dans de vagues discours, que mettre en avant l'existence du testament comme chose possible et non comme chose certaine.

En ce qui touche à la nullité des actes, outre qu'elle n'est pas fondée, il n'y a pas de raison pour permettre à un majeur de 25 ans, qui est docteur en droit, et qui a exécuté une transaction, d'en demander la rescision, en se fondant sur l'ignorance de la loi.

143. Une autre cause de rescision de la transaction, c'est l'erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation.

Insistons d'abord un instant sur l'erreur sur la personne.

Je crois, par exemple, que c'est vous qui êtes ma partie adverse, tandis que c'est un autre, et je transige avec vous; la transaction est inutile (1). C'est ce qu'enseigne Scævola dans l'espèce que voici :

Un débiteur avait un recours à exercer contre l'héritier de son créancier. Il transige avec Mævius, croyant que ce dernier était l'héritier avec lequel il avait affaire; mais c'était une erreur; Mævius n'était pas héritier. C'était Scepticius qui était appelé à la succession en vertu d'un testament qu'on ne connaissait pas encore. Question de savoir quelle est la valeur de cette transaction, soit à l'é-

(1) L. 3, § 2, D., *De transact.* (Scævola).

gard de Mævius, soit à l'égard de Scepticius. Il faut répondre (1) : Si quelque chose a été payé à Mævius par l'effet de cette transaction qui le supposait faussement héritier, il doit le rendre. C'est le cas de la condiction *indebiti* (2). Car la transaction manque son but. Elle ne procure pas à celui qui a fait un sacrifice la sécurité qu'il se promettait. Elle laisse debout tous les sujets de contestation ou de procès. Elle n'empêche pas le véritable héritier de ranimer tous les sujets de querelle qu'on avait voulu éteindre. Et, en effet, quant à Scepticius, cette transaction est *res inter alios acta*. Il ne peut pas s'en prévaloir et on ne peut la lui opposer.

144. L'erreur sur l'objet de la contestation est aussi une cause de rescision. Si Mævius transige au sujet de l'immeuble A, tandis que le litige né ou à naître porte sur l'immeuble B, cette erreur fondamentale enlève à la transaction toute valeur.

Il est facile de voir, du reste, que cette cause d'erreur se rencontrera rarement (3) ; car une transaction ne se fait pas sans préciser l'objet dont les parties entendent traiter.

ARTICLE 2054.

Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite

---

(1) V. la loi 3, § 2, D., *De transact.*

(2) Cujas sur cette loi, d'après Accurse (sur le Dig., *De transact.*).

Junge Favre, *Rationalia*, sur cette loi.

(3) M. Duranton, t. 18, n° 425.

en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité.

SOMMAIRE.

145. Transition. De la rescision provenant de la nullité du titre en vertu duquel la transaction a été faite. Comment ceci doit être entendu. Exemple.
146. Si la nullité n'a été ignorée que par erreur de droit, cette ignorance ne se prend pas en considération.
147. Suite et preuve de cette proposition.
148. Arrêts qui la confirment.
149. MM. Merlin et Zachariæ la contestent à tort.
150. La nullité du titre ne fait pas obstacle à la transaction par laquelle les parties ont voulu transiger sur cette nullité même.

COMMENTAIRE.

145. L'article 2054 fait suite aux exceptions admises contre l'irrévocabilité des transactions. Aux causes de rescision qui découlent du dol, de la violence, de l'erreur sur la personne, de l'erreur sur l'objet de la transaction, il ajoute la rescision provenant de la nullité du titre en vue duquel la transaction a été faite. « Lorsque le titre est nul, » dit M. Bigot de Préameneu, il ne peut en résulter » aucune action pour son exécution. Ainsi, lors » même que dans ce titre il y aurait des expressions » obscures, elles ne pourraient faire naître de contes- » tations douteuses, puisque celui contre qui on » voudrait exercer l'action aurait, dans la nullité, » un moyen certain d'en être déchargé. Il faut » donc, pour que dans ce cas la transaction soit

» valable, que les parties aient expressément traité » de la nullité (1). »

Ceci revient à dire qu'une transaction qui n'est que l'exécution d'une pièce nulle manque de cause, à moins que les difficultés élevées sur la nullité même n'en aient été l'objet (2).

Supposons, par exemple, que Pierre et Paul transigent sur un testament qu'ils croient être le vœu suprême du défunt, tandis que ce testament a été révoqué par un testament postérieur valable ; dès l'instant que l'erreur des contractants sera prouvée par la production du second testament qui révoque le premier, la transaction s'écroulera : elle manque de cause ; elle est le fruit d'une erreur substantielle.

146. Cependant une difficulté sérieuse se présente : il faut la résoudre.

Un acte peut être entaché d'une de ces nullités qui sont inhérentes à sa teneur même, et qui se révèlent, par le seul fait de la production et de la lecture, à ceux qui connaissent la loi ou sont censés la connaître. Ignorer ces nullités, c'est ignorer le droit, et nous avons vu par l'art. 2052 que la transaction n'est pas sujette à rescision pour erreur de droit. Que sera-ce donc d'une transaction faite sur un acte entaché d'une de ces nullités ? La partie qui a eu cet acte dans ses mains, qui l'a lu dans son contexte, et qui, malgré les nullités apparentes qui le vicient, l'a supposé bon par ignorance

(1) Fenet, t. 15, p. 109.

(2) M. Gillet, tribun (Fenet, t. 15, p. 127).

du droit, cette partie pourra-t-elle se prévaloir de notre article pour faire rescinder la transaction portant sur ce même acte (1)? Que deviendra donc l'art. 2052 si l'on applique l'art. 2054 à cette hypothèse? Accepter notre article sans restriction et sans réserve, n'est-ce pas le mettre en opposition avec l'art. 2052 dans tous les cas où l'erreur de droit sur la nullité aura place dans la transaction? N'est-ce pas créer une choquante antinomie entre deux dispositions si voisines l'une de l'autre?

Cette question n'est pas sans gravité.

147. Cependant nous pensons que les art. 2052 et 2054 se concilient à merveille si l'on fait attention que l'art. 2054 n'est applicable qu'au cas où celui qui demande la rescision de la transaction a ignoré la nullité par suite d'une erreur de fait (2). Dans la pensée de cet article, la transaction n'est sujette à rescision que lorsque, par suite d'une erreur de fait, elle a été conclue en exécution d'un titre nul. Il faut que les parties aient ignoré la nullité du titre par une ignorance de fait.

Supposons le cas que voici :

Un héritier *ab intestat* transige sur la succession avec l'héritier testamentaire. Il ignorait que le testament avait été révoqué par un acte postérieur. Le testament était donc sans valeur. Et cependant il a fait la base de la transaction !! Mais comme l'héritier *ab intestat* n'a ignoré la nullité que par

---

(1) V., *suprà*, l'espèce rapportée par Cujas, nº 142.

(2) Leo et Anthem., l. 42, C., *De transact.*
M. Daniels, Répert., vº *Transaction*, § 5, p. 77, col. 1.

suite d'une erreur de fait, la transaction tombera.

Voici un autre cas : l'héritier d'un débiteur transige avec l'héritier du créancier sur le montant de la dette ; il ignore que le créancier avait fait remise de la dette par un acte dont l'existence était inconnue. La transaction, n'étant que la suite d'une erreur de fait, doit nécessairement tomber. Tel est le cas de l'article 2054. Voilà le point de vue où il se place.

Mais si la partie n'est tombée que dans une erreur de droit ; si, tenant en main, par exemple, le testament de son auteur, elle en a ignoré les nullités, comme dans l'espèce empruntée ci-dessus à une consultation de Cujas (1), alors elle ne peut se plaindre, et la transaction reste dans sa force. Elle ne peut se plaindre, disons-nous ; car elle ne trouverait son excuse que dans une erreur de droit qui ne saurait être prise en considération. Elle est présumée avoir connu cette nullité, car nul n'est admis à dire qu'il a ignoré la loi ; elle est présumée n'avoir pas voulu s'en prévaloir : à peu près comme celui qui, transigeant sur un procès terminé par un jugement en dernier ressort, dont il avait connaissance, est censé renoncer à se prévaloir de ce jugement (2).

148. Cette conciliation des articles 2052 et 2054 du Code civil a pour elle l'autorité de la jurispru-

---

(1) N° 142.

(2) Art. 2055.

dence (1). M. Daniels l'a présentée avec beaucoup de force et d'autorité devant la Cour de cassation (2), et ses conclusions sont sorties victorieuses de l'épreuve du délibéré. La jurisprudence subséquente l'a confirmée (3).

149. M. Merlin en conteste cependant la légitimité (4) ; il prétend que l'article 2054 est général, qu'il s'applique aussi bien à l'erreur de droit qu'à l'erreur de fait. Et veut-on savoir son argument principal pour prouver cette thèse? c'est de mettre l'art. 2054 en regard, non pas de l'art. 2052 tel qu'il est, mais de l'art. 2052 tel qu'il était lors de la rédaction primitive, c'est-à-dire lorsqu'il ne parlait pas encore de l'erreur de droit. Et parce que l'art. 2054 avait un sens général au moment où l'art. 2052 était muet sur l'erreur de droit, M. Merlin veut que ce sens général ait persisté, même en ce qui concerne l'erreur de droit, bien que l'article 2052, modifié par le Tribunat, ait décidé *in terminis* que l'erreur de droit ne vicie pas les transactions ! Je ne comprends rien à une telle manière de raisonner ; il me semble que la généralité primitive de l'art. 2054 a été nécessairement restreinte depuis que l'article 2052 a effacé l'erreur de droit du nombre des moyens de rescision.

M. Zachariæ repousse également, mais par

---

(1) *Suprà*, n° 135, et l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 1807 qui y est cité.

(2) Répert. de M. Merlin, v° *Transaction*, § 5, n° 4, p. 77.

(3) Cassat., req., 3 décembre 1813 (Devill., 4, 1, 479).

(4) *Loc. cit.*, n° 4, *in fine*, et ses conclusions au n° 4 (*bis*).

d'autres motifs, la distinction de M. Daniels et de la jurisprudence (1). Je n'ai pas assez bien saisi celle qu'il met à la place pour pouvoir l'adopter ou la combattre.

150. Lorsque le titre est nul, il est évident que la transaction par laquelle les parties traitent sur la nullité a une cause, et que la nullité du titre ne fait pas obstacle à la validité de la transaction.

ARTICLE 2055.

La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle.

SOMMAIRE.

151. La transaction est rescindable lorsqu'elle a été faite sur pièces reconnues fausses depuis.

152. Elle doit tomber pour le tout. Indivisibilité naturelle des transactions.

COMMENTAIRE.

151. Une transaction sur pièces fausses est nulle (2). La raison s'en offre d'elle-même : ou la partie qui a fait usage de ces pièces en a connu la fausseté, et alors il y a de sa part un dol caractérisé qui vicie l'acte (art. 2053) ; ou elle a été de bonne foi, et alors il faut supposer qu'elle n'a pas voulu nuire à son adversaire et l'induire en erreur.

---

(1) T. 3, p. 147, note (3).

(2) L. pénult., C., *De transact.*

Par suite, la transaction manque de cette sincérité de consentement sans laquelle il n'y a pas de contrat (1).

152. Mais la transaction sera-t-elle nulle pour le tout? ou bien n'y a-t-il de nuls que les articles de l'acte qui ont eu ces pièces fausses pour fondement? La loi pénultième au C., *De transactionibus*, se prononce pour la division de l'acte. Mais notre article paraît plus conforme à la raison en décidant que la transaction est nulle pour le tout (2). « On doit présumer, dit Julien (3), que tous les » chefs d'un même acte, d'une même transaction, » quoique distincts, ont été accordés les uns en con- » sidération des autres; de manière que si l'une des » parties fait prononcer la nullité de l'acte dans un » chef, l'autre partie aura le droit de la faire rejeter » dans tous les autres. Nous tenons pour maxime que » tous les pactes d'un même contrat sont corrélatifs » et accordés les uns en considération des autres. » Grotius observe que tous les articles d'un même » contrat sont censés être les uns dans les autres » par manière de condition (4). »

Ces raisons ont déterminé les rédacteurs du Code civil à s'écarter de la loi romaine; ils l'ont fait en

---

(1) Doneau sur cette loi, n° 1.

(2) M. Merlin, v° *Transaction*, § 5, n° 3.

(3) Sur les statuts de Provence, t. 2, p. 211, 212, 213.

(4) *De jure pacis et belli*, lib. 3, c. 19, n° 14.
Junge d'Argentré sur Bretagne, art. 453, glose 2.
V. *suprà*, n° 133.

connaissance de cause (1). Ils n'ont voulu voir dans une transaction que des parties corrélatives. « Lors » même que les divers points sur lesquels on a traité » sont indépendants quant à leur objet, il n'en est » pas moins incertain s'ils ont été indépendants » quant à la volonté de contracter et si les parties » eussent traité séparément sur l'un des points. » Ce sont les paroles de M. Bigot de Préameneu (2).

ARTICLE 2056.

La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle.

Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction sera valable.

SOMMAIRE.

153. Transition. De l'erreur sur l'issue du procès qui a donné lieu à la transaction. Elle vicie la transaction. Raisons de ce point de droit.

154. Si la décision ignorée était susceptible d'appel, la transaction ne serait pas nulle.

155. Mais elle le serait si cette décision ignorée n'était susceptible que du recours en cassation ou de la requête civile.

156. Peut-on transiger sur la chose jugée qui termine un procès, alors qu'on a connaissance de la décision?

---

(1) M. Bigot (*Exposé des motifs*) (Fenet, t. 15, p. 110).
(2) Fenet (*loc. cit.*).

157. Suite. La transaction vaut dans tous les cas comme renonciation.

COMMENTAIRE.

153. Notre article continue à s'occuper de l'erreur dans la transaction ; il traite de l'erreur sur l'issue du procès qui a donné lieu à la transaction.

Lorsqu'une partie, ignorant qu'elle vient de gagner son procès, transige sur la contestation, la transaction est nulle (1) ; des arrêts anciens l'ont ainsi jugé avec grande raison.

Car, de deux choses : ou la décision judiciaire est ignorée des deux parties, et alors quelle autorité pourrait avoir un acte fait dans la supposition que les droits respectifs étaient encore douteux, tandis qu'en réalité le doute a été levé par le pouvoir compétent? Une telle transaction ne repose-t-elle pas sur une fausse cause?

Ou bien la décision judiciaire n'est ignorée que de celui à qui elle est favorable. Et alors, à la raison tirée de l'ignorance, vient se joindre la fraude de celui qui, par une réticence calculée, a cherché à induire son adversaire en erreur.

Un conseiller de Lyon, ayant reçu la nouvelle de la perte de son procès, s'en alla en poste à Lyon,

---

(1) L. 23, § 1, D., *De cond. indebiti.*
L. 9, C., *De pactis.*
L. 32, C, *De transact.*
Doneau sur cette dernière loi, n° 6, *in fine.*
Répert. de M. Merlin, v° *Transaction*, § 2, n° 1.
Brillon, v° *Transaction*, n° 7.

et, par surprise, transigea avec sa partie adverse. Un arrêt du parlement de Paris, du 7 septembre 1608, déclara nulle cette transaction. Elle l'était, en effet, par un double motif. Le conseiller avait usé de fraude; de plus, son adversaire avait traité dans l'ignorance d'un fait qui, s'il avait été connu, aurait rendu la transaction sans objet (1).

154. Mais si le jugement ignoré n'était pas en dernier ressort ou passé en force de chose jugée; s'il était susceptible d'appel, pour me servir des termes de l'art. 2056, on conçoit qu'il en serait autrement; la transaction serait bonne, car le débat serait encore entier (2).

155. L'art. 2056 se borne à parler du jugement susceptible d'appel; il ne parle pas du pourvoi en cassation. Ce silence est calculé. « Le pourvoi en » cassation, dit M. Bigot (3), n'empêche pas qu'il » n'y ait un droit acquis, un droit dont l'exécution » n'est pas suspendue.

» Mais si les moyens de cassation présentaient » eux-mêmes une question douteuse, cette contes- » tation pourrait, comme toute autre, être l'objet » d'une transaction. »

On peut en dire autant de la requête civile. Quand bien même le jugement ignoré des parties

---

(1) Leprêtre, *centuria* 2, ch. 80.
Despeisses, t. 1, p. 832, n° 7. Il cite d'autres arrêts.
La loi 9, C., *De pactis*, doit être consultée.

(2) Despeisses, *loc. cit.* Art. 2056, § 1.
Suprà, n° 5.

(3) Fenet, t. 15, p. 111.

en serait susceptible, la transaction ne serait pas moins nulle (1).

156. Puisque l'art. 2056 n'annule la transaction faite sur un procès jugé en dernier ressort que lorsque le jugement a été ignoré, il semble qu'on puisse dire, par un argument *à contrario*, que lorsque le jugement en dernier ressort est connu des parties, la transaction est valable.

En droit romain, cependant, cet argument aurait été vicieux. Les textes les plus formels décident qu'on ne doit avoir aucun égard à une transaction faite sur un procès jugé en dernier ressort, alors même que les parties ont connu le résultat du procès (2).

C'est pourquoi le président Favre rapporte une décision du sénat de Chambéry, de 1588, qui annule une transaction faite avec cette clause : *soit qu'il y ait arrêt définitif, soit qu'il n'y en ait pas* (3), et cela par la raison qu'on ne peut transiger sur la chose jugée.

157. Mais, dans notre droit, cette rigueur n'est pas admise ; et si le traité intervenu entre les parties, en connaissance de cause du jugement, peut ne pas mériter le nom de transaction (4), il vaut au moins comme renonciation, comme abandon vo-

---

(1) M. Duranton, t. 18, n° 431.

(2) Diocl. et Maxim, l. 32, C., *De transact.*
Doneau sur cette loi, n°s 6 et 7.

(3) Code, 2, 4, *def.* 4.

(4) *Suprà*, n° 5.

lontaire, comme pacte sans nom (1). On peut consulter un arrêt de la Cour de cassation, du 16 germinal an XIII, qui confirme cette idée (2).

Pour lui donner le dernier degré d'évidence, j'ajoute que si le droit romain n'admettait pas à titre de transaction le traité intervenu sur la chose jugée en dernier ressort, cependant il reconnaissait que l'on pouvait, par tout autre pacte, y renoncer et en faire l'objet d'une convention (3). Écoutons Doneau : « *Tùm autem si quod remittere velit,* » *paciscendo id facere potest, ubi rem certam liberali-* » *tate remittat; transigendo non potest* (4). » En France, où l'on ne s'arrête pas à la rigueur des actions et à la dénomination littérale des contrats, rien n'empêche de faire valoir, comme convention innomée, le pacte de renonciation auquel le nom de transaction n'appartiendrait pas.

Partant de là, je n'hésiterais donc pas à regarder comme valable la transaction faite avec la clause signalée par le président Favre et réprouvée par lui.

ARTICLE 2057.

Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient

---

(1) M. Zachariæ, t. 3, p. 148, note (6), et p. 137 et 138, avec la note (1) de la page 138.

(2) M. Merlin, v° *Transaction*, § 2, p. 66, col. 1 et 2.

(3) L. 1, D., *De transact. Suprà*, n° 5.

(4) Sur la loi 32 (n° 7), C., *De transact.*

avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties.

Mais la transaction serait nulle si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit.

SOMMAIRE.

158. De l'erreur prouvée par pièces découvertes *ex post facto*. Distinction admise par l'art. 2059.
159. 1re branche de la distinction.
160. 2e branche.
161. Le droit romain n'admettait pas cette distinction.
162. Raison du Code civil pour la sanctionner.
163. Suite.
164. Critique de quelques propositions hasardées émises au conseil d'État lors de la discussion de l'art. 2057.
165. Dans le 2e cas de l'art. 2057, la transaction a moins d'autorité que la chose jugée.

COMMENTAIRE.

158. C'est encore de l'erreur des parties que s'occupe l'article 2057. Il prévoit le cas d'une erreur dont la preuve résulterait de pièces découvertes après la transaction. Quel est l'effet de cette découverte? Quelle influence exerce-t-elle sur le sort de la transaction?

Une distinction répond à cette question.

159. Si les parties ont transigé généralement

sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leurs étaient alors inconnus et qui ont été postérieurement découverts, ne sont pas une cause de rescision. La transaction ne peut être attaquée que lorsque les titres ont été retenus par le fait de l'une des parties. C'est alors un cas de dol.

160. Que si la transaction n'avait qu'un seul objet, la découverte des pièces qui démontrent que l'une des parties n'avait aucun droit donne ouverture à l'action en rescision.

161. Cette distinction n'existait pas dans la jurisprudence romaine. Les empereurs Dioclétien et Maximien décident, d'une manière générale, que, sous prétexte d'actes nouvellement découverts, il ne faut pas rescinder une transaction faite de bonne foi: « *Sub prætextu instrumenti post reperti, transactionem* » *bonâ fide finitam, rescindi jura non patiuntur* (1). »

Pour expliquer ce rescrit, les interprètes ont tenu le langage que voici :

La découverte des pièces qui change l'état des parties ne saurait autoriser à dire que la transaction était sans cause. Il y avait un doute; il y avait un procès. La transaction y a mis fin. C'en est assez pour légitimer ce contrat (2). La découverte de pièces alors ignorées est un évènement fortuit, qui ne peut modifier la situation faite par la

---

(1) L. 19, C., *De transact.*

(2) Voët, n° 23.
Favre, *Code*, 2, 4, 13.
Peregrinus, *De fideicommissis*, art. 52, n°s 99 et 100.

transaction. C'est tant pis pour celui qui a renoncé s'il ne s'est pas muni de ses titres et de ses preuves; et ce n'est pas une raison suffisante pour remettre en question ce qui a été accordé avec une bonne foi réciproque (1).

162. Les rédacteurs du Code civil ont raisonné autrement. Quand on transige sur un objet, on part de cette idée que le droit est douteux. Si donc il vient à être prouvé qu'il n'y avait aucun doute, la transaction manque de base ; il faut remettre les parties au même et semblable état qu'elles étaient avant cet acte évidemment suggéré par l'erreur réciproque. La partie qui a renoncé à ses droits les aurait évidemment défendus et maintenus si elle avait connu son titre. De plus, la partie en faveur de laquelle a été faite la renonciation doit être supposée d'assez bonne foi pour ne pas vouloir profiter d'une erreur et s'enrichir aux dépens d'autrui.

163. Ce n'est que lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes leurs affaires que les titres postérieurement découverts restent sans influence. D'après la règle de corrélation entre toutes les parties de la transaction, on doit penser que les parties n'ont souscrit aux autres dispositions que sous la condition qu'elles ne pourraient élever l'une contre l'autre de nouvelles contestations sur aucune de leurs affaires antérieures. Cette condition emporte la renonciation

---

(1) Doneau sur la loi 19, C., *De transact.*

à tout usage des titres qui pourraient être ultérieurement découverts (1).

164. Ceci entendu, on éprouve quelque surprise en lisant la discussion à laquelle a donné lieu, au conseil d'État, l'article 2057. Ainsi, par exemple, que penser de l'assertion de M. Malleville qui déclare que « l'article en discussion est littéralement » calqué sur la disposition des lois romaines (2)? » N'est-ce pas le contraire qui est vrai ? Que penser aussi de cette autre proposition de M. Tronchet qui, à une demande du premier consul, répond « qu'il y a ouverture à requête civile contre un » jugement en dernier ressort quand on découvre » des pièces nouvelles qui changent l'état des par- » ties (3)? » Mais comment M. Tronchet oubliait-il que ce n'est que lorsque les pièces ont été retenues par la partie adverse, ou célées par son fait, qu'il y a lieu à requête civile (4)?

165. De tout ceci il résulte que la transaction qui n'est pas générale et porte sur un objet spécial est moins privilégiée que la chose jugée, et que, sous le rapport des pièces ultérieurement découvertes, elle a, quoi qu'en dise l'article 2052, moins d'autorité qu'un jugement.

---

(1) M. Bigot, *Exposé des motifs* (Fenet, t. 15, p. 112).

(2) Fenet, t. 15, p. 96.

(3) *Id.*, p. 96.

(4) M. Berlier en fit l'observation (Fenet, *loc. cit.*).

Article 2058.

L'erreur de calcul dans une transaction doit être réparée.

SOMMAIRE.

166. L'erreur de calcul est toujours réparable.
167. Ce qu'il faut entendre par erreur de calcul.
168. Explication d'une proposition ambiguë de M. Bigot.

COMMENTAIRE.

166. L'erreur de calcul est toujours contre la volonté des contractants ; elle ne tire pas à conséquence (1). Il faut la réparer.

167. Mais on ne confondra pas avec une erreur de calcul la prétention élevée par l'une des parties au moyen d'un chiffre qu'elle formule, et que l'autre partie déclare exagéré. En pareil cas, il peut y avoir assertion fausse ; mais ce n'est pas une faute de calcul, une faute contre l'arithmétique.

C'est en ce sens que l'on doit entendre les paroles de M. Bigot (2) : « Mais on ne pourrait pas » également regarder comme certaine cette volonté » s'il s'agissait d'erreurs de calcul faites par les par-

---

(1) Voët, n° 23.
M. Merlin, Répert., v° *Transaction*, § 5, n° 12.
(2) Fenet, t. 15, p. 112.

» ties dans l'exposition des prétentions sur les-
» quelles on a transigé. Ainsi la transaction sur un
» compte litigieux ne pourrait être attaquée pour
» cause de découverte d'erreur ou d'inexactitude
» dans les articles du compte. »

168. Entendons-nous :

Sans aucun doute, s'il y a erreur, inexactitude, exagération dans une prétention qui se traduit en chiffres dans un compte, on n'appliquera pas à cette erreur, à cette inexactitude, à cette exagération, l'art. 2058. Car il ne s'agit pas là d'erreur de calcul, mais d'erreur sur le fond du droit.

Mais si M. Bigot pense que l'on doit respecter une erreur de calcul qui s'est glissée dans un compte litigieux, je dis qu'il faut rejeter cette opinion ; elle a été condamnée expressément par le conseil d'État. L'art. 2058, dans sa rédaction primitive, se terminait par ce paragraphe (1) :

« Mais la transaction sur un compte litigieux ne
» peut être attaquée pour cause d'erreur ou
» d'inexactitude dans les articles de compte. »

M. Tronchet fit remarquer que ce paragraphe blessait le principe généralement reçu, qu'on est admis dans tous les cas à revenir contre des erreurs de calcul.

Il fut décidé en conséquence, à la suite de cette observation, que ce paragraphe serait retranché, et, en effet, il n'a plus été reproduit (2). En quel-

---

(1) Fenet, t. 14, p. 93.
(2) Fenet, t. 15, p. 97.

que lieu, en quelque acte que se trouve une erreur de calcul, erreur matérielle, erreur toujours involontaire, il faut qu'elle disparaisse. Elle est perpétuellement sujette à réparation.

FIN DU TOME DIX-SEPTIÈME, DU CAUTIONNEMENT ET DES TRANSACTIONS.

TABLE SOMMAIRE

DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

TITRE XIV. DU CAUTIONNEMENT. Pag. 1

CHAP. I. *De la nature et de l'étendue du cautionnement.* *ib.*

CHAP. II. *De l'effet du cautionnement.* 206

§ 1. *Entre le créancier et la caution.* *ib.*

§ 2. *Entre le débiteur et la caution.* 290

§ 3. *Entre les cofidéjusseurs.* 366

CHAP. III. *De l'extinction du cautionnement.* 391

CHAP. IV. *De la caution légale et de la caution judiciaire.* 535

TITRE XV. DES TRANSACTIONS. 545

FIN DE LA TABLE SOMMAIRE.

TABLE ANALYTIQUE

DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

N. B. Le chiffre se réfère à l'ordre des numéros.
Le (T.) qui précède certains numéros indique que les numéros appartiennent au titre des *Transactions*.

A

Accessoire. Le cautionnement n'est que l'accessoire de la dette principale. 22, 24, 46 et suiv., 96 et suiv. — La caution donnée pour le principal seulement ne s'étend pas aux accessoires. 149. — Mais lorsque le cautionnement est indéfini, il s'étend à tous les accessoires : intérêts, dommages, frais. 158 et suiv.

Acte sous seing privé. Le cautionnement peut se faire par acte sous seing privé. 137. — La transaction peut être faite par acte sous seing privé comme par acte authentique. (T.) 32. — *Quid* de la transaction par le moyen d'un blanc seing remis à un tiers avec pouvoir de concilier les parties ? (T.) 38.

Aliment. Peut-on transiger sur les aliments? (T.) 93 et suiv.

Associé. La transaction faite par un associé ne nuit pas aux autres. (T.) 124.

Assurance. Les mots *sponsio* et *fidejussio* sont quelquefois

employés dans le latin du moyen âge pour désigner le contrat d'assurance. 10. — Rapports et différences du cautionnement avec l'assurance. 35. — Dans quels cas le cautionnement salarié dégénère-t-il en assurance? 16, 36. — Le cautionnement se mêle à l'assurance par la réassurance. 25.

Avantage (indirect). Un père peut cautionner son fils sans pour cela être censé lui avoir fait un avantage indirect. 41.

Aval. (Voyez *Lettre de change.*)

Avocat. Doit, autant que possible, favoriser chez son client le désir de transiger. (T.) 2.

B

Bail. Le cautionnement donné pour un bail ne s'étend pas à la tacite reconduction. 149, 472. — La caution d'un bail ne répond pas des frais d'enregistrement. 149, 166. — A moins d'une clause spéciale. 167.

Bail a ferme. La caution donnée pour sûreté des fermages ne s'étend pas aux indemnités dont le fermier peut être tenu. 149. — Le cautionnement donné pour un bail à ferme de neuf ans ne prend fin qu'à l'expiration du bail, peu importe la mort du débiteur cautionné primitivement. 152. — Le cautionnement d'un bail à ferme de neuf ans ne s'étend pas aux baux ultérieurs du fermier. 155, 472.

Bénéfice de discussion. En droit romain. 225 et suiv. — Et d'après le droit plus moderne. 229. — Liaison du bénéfice de discussion avec l'obligation du créancier de conserver les actions intactes. 534 et suiv. 550. — Ne rend pas le cautionnement un contrat conditionnel. 23, 231. — N'est pas admis lorsque le débiteur est notoirement insolvable. 234. — Lorsque la caution hérite du débiteur. 236. — Lorsque la caution est judiciaire. 238, 593. — *Quid* du certificateur d'une caution judiciaire? 595. — Lorsque le créancier est débiteur de la caution pour d'autres causes et qu'il offre la compensation. 235. — Lorsque le créancier est troublé dans sa jouissance par la caution elle-même. 237. — Lorsque la caution a re-

noncé à s'en prévaloir. 239, 240. — Lorsqu'elle s'est engagée solidairement. 239, 241. — Lorsqu'il s'agit de matière commerciale. 233. — Le bénéfice de discussion est une exception qui ne peut être suppléée par le juge. 249.— Et qui doit être proposée *in limine litis*. 231, 243, 250 et suiv. — Limitation de cette dernière règle. 254 et suiv. — La caution qui veut s'en prévaloir est obligée de *désigner* au créancier des biens d'une *discussion facile*. 243, 259, 265 et suiv. — Cette désignation doit se faire en une fois. 263. — La caution est, de plus, obligée d'avancer les deniers suffisants, SI LE CRÉANCIER LE REQUIERT. 243, 260, 273. — Qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles. 272. — Si les parties sont en désaccord, le tribunal fixe le montant des avances et indique entre les mains de qui elles seront déposées. 274, 275. — Après l'indication des biens et l'avance des frais, si le débiteur devient insolvable par défaut de poursuite, le créancier est responsable à l'égard de la caution. 276 et suiv. — Exception. 280. — Le créancier qui prétend que sa discussion a été insuffisante doit le prouver. 245. — Lorsque la caution ne s'est engagée que pour le capital, peut-elle exiger que les fonds provenant des biens discutés soient appliqués au capital préférablement aux intérêts ? 246.— Le fidéjusseur qui n'a cautionné qu'un seul des débiteurs d'une dette solidaire peut demander que tous les débiteurs soient préalablement discutés. 270. — Le certificateur d'une caution, laquelle a renoncé au bénéfice de discussion, n'est pas censé y avoir renoncé pour lui-même. 242.

BÉNÉFICE DE DIVISION. Droit romain. 281 et suiv. — En principe, tous les cofidéjusseurs d'une même obligation sont solidaires. 286 et suiv., 290. — Ainsi la poursuite dirigée contre l'une des cautions interrompt à l'égard des autres. 291.— Différence du bénéfice de discussion et de l'exception de division. 295. — Notamment en ce qui concerne l'avance des frais. 315. — Et l'indication des biens. 317. — De plus, il suffit que cette dernière exception soit opposée avant la condamnation. 296. — Et en cas de poursuites extrajudi-

ciaires avant que les deniers soient partagés. 298. — Mais le juge ne peut la suppléer d'office. 297. — Quand y a-t-il renonciation au bénéfice de division? 300 et suiv. — Entre quels fidéjusseurs s'opère la division? 1re règle : entre cofidéjusseurs du même débiteur. 305 et suiv. — 2e règle : entre cofidéjusseurs solvables. 308 et suiv. — Faut-il assimiler à l'insolvable celui qui habite l'étranger? 312. — *Quid* du fidéjusseur incapable? 313. — La preuve de l'insolvabilité est à la charge du créancier. 311. — Le créancier qui a volontairement divisé son action ne peut revenir contre cette division. 318. — *Quid* lorsqu'il actionne un des cofidéjusseurs pour sa part? 319 et suiv. — Le bénéfice de division n'a pas lieu entre le fidéjusseur et son certificateur. 305.

Bénéfice d'inventaire. — Le bénéfice d'inventaire empêche la confusion. 493. — Du domicile de la caution que l'héritier bénéficiaire est obligé de donner. 197.

C

Cabaret. Une dette de cabaret ne peut être cautionnée. 85.

Calcul. De l'erreur de calcul. (T.) 166 et suiv.

Caution. (Voyez *Fidéjusseur*).

Cautionnement. Origine de ce mot. 1. — Ses diverses acceptions. 27. — Son historique en droit romain. 2 et suiv., 52 et suiv. — Et au moyen âge. 11, 171, 229. — Le cautionnement a été condamné par certains théologiens. 26. — Des cautions juratoires. 44. — Différence du cautionnement avec l'obligation du porte-fort. 29 et suiv. (Voyez *Portefort*). — Avec le pacte *constitutæ pecuniæ*. 34, 103. (Voyez *Pacte constitutæ pecuniæ*.) — — Avec la convention *del credere*. 37. — Avec l'hypothèque et le gage. 1, 27, 38 et suiv. — Celui qui a stipulé une caution ne peut être forcé à recevoir une hypothèque ou un gage et réciproquement. 40, 202. — Il en est autrement lors que c'est la loi ou la justice qui ont ordonné une caution. 202, 591. — Différence du cau-

tionnement avec le prêt et le dépôt. 27. — Avec la simple recommandation. 138 et suiv. — Avec la promesse de cautionner quelqu'un. 42. — Avec l'obligation du garant. 43. — Avec celle de l'otage. 45. — Avec le mandat. 288. — Tantôt le cautionnement renferme un mandat, tantôt une gestion d'affaires. 17, 18 *in fine*, 28, 130, 131, 327, 328. — Le cautionnement se joint à toute obligation valable, conditionnelle, à terme, future. 50. — Peu importe que l'obligation consiste à livrer un corps certain. 51. — On cautionne l'obligation née d'un délit ou d'un quasi-délit. 50. — On cautionne même une caution. 50, 132. — Ordinairement le cautionnement est un contrat de bienfaisance. 13, 41, 118. — Mais entre la caution et le débiteur seulement. 13, 41. — Gratuit, il ne doit pas être confondu avec la donation. 14, 41. — Rien n'empêche qu'il soit salarié. 15. — Dans ce cas, quand dégénère-t-il en assurance? 16, 36. — Le cautionnement n'est pas un contrat conditionnel. 23, 231. — C'est un contrat unilatéral. 18, 24, 128, 532. — Conséquences. 20, 21, 128. — C'est un contrat accessoire. 22, 24, 46 et suiv. 96 et suiv. — Comme accessoire, il ne peut soutenir qu'une obligation valable. 46. — *Quid* du cautionnement joint à une obligation souscrite par un mineur? 73, 75, 76. — Par un mineur émancipé? 77 et suiv. — Par un interdit? 80, 81. — Par une femme mariée non autorisée? 82. — *Quid* de la vente du fonds dotal? 31, 87, 88. — Des obligations souscrites par dol ou violence? 84. — Des dettes de jeu et de cabaret? 85. — Des actes entachés de lésion? 86. — Influence de la ratification donnée par le débiteur dans les cas divers d'une obligation nulle. 90 et suiv. — Le cautionnement ne peut excéder l'obligation principale. 96. — S'il excède, n'est pas nul, mais réductible. 97. — Excès dans la quantité. 99 et suiv. — Dans le temps. 102, 103. — Par rapport au lieu. 104, 105, 107. — Excès dans les conditions et modalités. 106 et suiv. — Mais le lien de la caution peut être plus étroit dans les moyens d'exécution. 108. — Ainsi la caution peut donner une hypothèque. 108, 111, — *Quid* de la contrainte par corps? 108, 114. — Le caution-

nement peut être fait pour une partie de la dette seulement et sous des conditions moins dures. 117. — Lorsque le cautionnement est partiel, comment s'imputent les paiements partiels du débiteur? 246, 247. — La caution ne peut pas s'obliger à autre chose que le débiteur principal. 120. — A moins que cette autre chose n'ait été stipulée à titre de dommages arbitrés dans l'intérêt de la caution. 100, 124. — Dans le doute on règle le cautionnement sur l'obligation principale. 119, 127. — Le cautionnement peut avoir lieu à l'insu du débiteur. 130. — Peut-il avoir lieu contre sa volonté? 131. — Le cautionnement ne se présume pas facilement. 133. — Ce n'est pas à dire qu'il ne puisse se prouver par témoins. 135. — Le cautionnement a lieu, dans certains cas, de plein droit. 147. — Le cautionnement est limité et défini, soit expressément, soit par la nature des choses. 156. — Dans ce cas, il ne peut pas s'étendre d'une chose à l'autre. Exemples. 149, 155, 164, 168, 472. — Ni d'une personne à une autre. 150 et suiv. — *Quid* de la caution de l'usufruitier? 153. — Ni d'une époque à une autre époque. 155. — Lorsque le cautionnement est indéfini, il s'étend à tout ce qui est connexe. 158. — Mais seulement à ce qui est *directement* connexe. 158, 164 et suiv. — Et non pas aux moyens de contrainte attachés à l'engagement. 169. — Quand le cautionnement est-il indéfini? 156, 157. — Extinction du cautionnement. (Voyez *Extinction*.) — Effet de l'extinction du cautionnement sur la dette principale (Voyez *Extinction*). — Des diverses cautions légales. 586 et suiv. — La caution judiciaire doit être susceptible de contrainte par corps. 589.

Certificateur de caution. Le certificateur de caution, obligé pour une caution qui a renoncé au bénéfice de discussion, n'est pas censé y avoir renoncé pour lui-même. 242. — Le bénéfice de division n'a pas lieu entre le fidéjusseur et son certificateur. 305. — Malgré l'extinction du cautionnement par confusion, le certificateur de caution reste quelquefois obligé. 488. — Le certificateur d'une caution judiciaire est privé du bénéfice de discussion. 595.

Chose jugée. La chose jugée sur le fond du droit en faveur de la caution profite au débiteur principal. 449 et suiv. — Mais la chose jugée sur le fond du droit contre la caution ne peut être opposée au débiteur principal. 454 et suiv. — A moins que le fidéjusseur n'ait cautionné solidairement. 459. — Effet, à l'égard du fidéjusseur, de la chose jugée entre le débiteur et le créancier. 510, 514 et suiv. — Il n'y a pas de vraie transaction dans l'accord que font les parties alors que leur procès a été jugé en dernier ressort. (T.) 5, 156. — Différence de la transaction et de la chose jugée. (T.) 26, 116, 129 et suiv.

Clause pénale. Ajoutée à une transaction est valable. (T.) 103. — Le débiteur qui a payé la peine stipulée peut ensuite attaquer la transaction. (T.) 105. — S'il réussit, il pourra obtenir la restitution de ce qu'il a payé. (T.) 107.

Commerce. Excepté en matière commerciale, la caution promise par le débiteur doit posséder des propriétés foncières. 205.— Le bénéfice de discussion n'est pas admis en matière commerciale. 233. — L'individu non négociant qui cautionne une dette commerciale est-il soumis à la contrainte par corps? 169. Le mineur commerçant peut-il transiger ? (T.) 48.

Commune. Une commune peut-elle transiger ? (T.) 54.

Compensation. La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal, sans que le débiteur principal puisse opposer la compensation de ce que le créancier doit à la caution. 470, 517. — Le bénéfice de discussion n'est pas admis lorsque le créancier est débiteur de la caution pour d'autres causes et qu'il offre la compensation. 235.

Compromis. Différence entre la transaction et le compromis. (T.) 25.

Confusion. Différentes espèces de confusion. 476. — Elles n'ont pas toutes une égale énergie. 478, 479. 484, 491. — Tantôt la confusion éteint la dette principale et le cautionnement. 477. — La confusion, éteignant l'obligation naturelle comme l'obligation civile, exonère celui qui n'avait cautionné

qu'une obligation naturelle. 480. — La confusion n'enlève pas au fidéjusseur les droits acquis. 481. — La confusion venant à cesser, le cautionnement renaîtra-t-il? 482. — Tantôt la confusion n'éteint que le cautionnement seul. 477, 483. — La réunion des qualités de débiteur principal et de caution ne doit jamais nuire au créancier. 483 et suiv. — Ainsi, quoique le cautionnement soit éteint, le certificateur de caution reste obligé, et les hypothèques données par la caution ne sont pas éteintes. 488, 489. — Réciproquement, cette espèce de confusion ne doit pas nuire au débiteur. 490. — Ainsi le créancier ne peut, à raison de la confusion, exiger une autre caution. 220, 490. — La réunion des qualités de créancier et de caution n'efface pas le passé. 491. — Elle ne saurait, non plus, aggraver la situation du débiteur. 492. — L'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire empêche la confusion. 493.

Contrainte par corps. La caution peut-elle se soumettre à la contrainte par corps lorsque le débiteur n'y est pas soumis? 108, 114. — Le cautionnement indéfini ne soumet pas à la contrainte par corps. 169. — Exemple pris dans le cautionnement d'une dette commerciale par un commerçant. 169. — Les héritiers de la caution ne succèdent pas à la contrainte par corps. 174. — La caution judiciaire doit être susceptible de contrainte par corps. 589.

Contrat a la grosse. Le cautionnement se mêle quelquefois au contrat à la grosse. 25, 50.

D

Del credere (Convention). Les mots *sponsio* et *fidejussio* sont quelquefois employés dans le latin du moyen âge pour désigner la convention del credere. 10. — La convention del credere est une véritable assurance. 37.

Délit. L'obligation née d'un délit peut être cautionnée. 50. — Et transigée. (T.) 57. — Et la transaction n'est pas nécessairement une preuve de culpabilité. (T.) 58. — On ne peut

transiger sur un délit à venir. (T.) 60. — La partie civile qui transige sur un délit n'en est pas moins tenue des frais. (T.) 59. — La transaction sur un délit n'est valable que lorsqu'elle est elle-même exempte de dol. (T.) 61, 62.

Dépôt. Sa différence avec le cautionnement. 27.

Discussion. (Voyez *Bénéfice de discussion.*)

Division. (Voyez *Bénéfice de division.*)

Dol. Les expressions : *mauvaise foi*, n'ont pas toujours, en droit, un sens aussi défavorable que les mots dol et fraude. 79. — L'exception de dol et de violence tombe sur la chose même et peut être opposée par la caution. 84, 496.—Le fidéjusseur solidaire se trouve déchargé lorsque le créancier, par esprit de fraude, s'est mis dans l'impossibilité de le subroger à ses droits et actions. 560. — Le créancier qui a reçu la caution, sans discuter ses qualités, ne peut revenir sur sa réception, à moins qu'il n'y ait eu fraude. 201. — Le dol est une cause de rescision dans la transaction. (T.) 142.

Domicile. La caution promise par le débiteur doit être domiciliée dans le lieu fixé par la convention. 192. — A défaut de convention, dans le ressort de la Cour royale où le créancier est domicilié. 193. — Mais lorsque l'obligation principale a été passée dans un autre lieu, c'est ce lieu qui décide du domicile de la caution. 194. — *Quid* lorsque c'est la loi qui oblige le débiteur à donner caution? 195. — Usufruit. 196. Héritier bénéficiaire. 197. — Étranger. 198. —Dans tous les cas, le domicile peut être réel ou d'élection. 199. —Le domicile de la caution fait partie de sa solvabilité. 190. — Le créancier pourrait-il exiger une autre caution de son débiteur, si elle venait à changer de domicile ? 200.

Dommages-intérêts. Le cautionnement qui se joint à l'obligation de livrer un corps certain se résout en dommages et intérêts. 51, 124. — Le cautionnement donné pour sûreté des fermages ne s'étend pas aux indemnités dont le fermier peut être tenu. 149. — Le cautionnement indéfini s'étend aux dommages-intérêts dus pour mauvaise administration. 158. — Du recours du fidéjusseur contre le débiteur pour les dommages par lui soufferts. 351.

Donation. Le cautionnement, même gratuit, ne peut être confondu avec la donation. 14, 41. — Et un père peut cautionner son fils sans pour cela être censé lui avoir fait un avantage indirect. 41. — Effet que doit produire la remise de la dette faite au fidéjusseur à titre de donation. 334, 461, 374. —Effet, à l'égard du fidéjusseur, de la remise de la dette faite au débiteur. 503 et suiv. — Différence de la donation et de la transaction. (T.) 5, 18.

Dot. La vente du fonds dotal peut-elle être cautionnée? 31, 87. — Peut-elle être garantie par l'obligation du porte-fort? 31, 88. — La femme qui s'est réservé la faculté d'aliéner son fonds dotal peut l'hypothéquer. 187. — Le fidéjusseur qui a garanti la restitution de la dot peut-il, après dix années, agir contre le débiteur? 403. — De la transaction sur la dot. (T.) 52.

Droit romain. Le cautionnement fut appelé d'abord *sponsio* dans les antiquités romaines. 2, 52. — L'obligation du *sponsor* ne passait pas à ses héritiers. 3. — De la *fidepromissio*. 4, 5, 52. — De la *fidejussio :* elle élargit la *sponsio* et la *fidepromissio*, et finit par les faire oublier. 6, 7. — Sens de quelques expressions latines employées dans cette matière. 10.— Utilité de l'étude du droit romain en cette matière. 12. — Du contrat *mandatum pecuniæ credendæ* comparé au cautionnement. 28. — Du contrat *constitutæ pecuniæ*. 34. — La *sponsio* et la *fidepromissio* ne permettaient de cautionner que les obligations formées par les paroles; mais la *fidejussio* élargit ce droit. 52. — Elle permet de cautionner même une obligation naturelle. 53. — *Quid* de l'obligation du mineur? 54 et suiv. — Ulpien nous apprend que l'obligation du fidéjusseur, plus dure que l'obligation principale, était nulle pour le tout. 97. — De l'incapacité de cautionner dont était frappée la femme. Motif du Velléien. 176 et suiv. — De l'obligation où était le débiteur de fournir une nouvelle caution en cas d'insolvablité de la première. 213. — Du bénéfice de discussion. 225 et suiv.; 523. — Du bénéfice de division. 281 et suiv. — Subrogation de la caution dans les droits du

créancier. 356. — En droit romain, les simples poursuites semblent n'avoir pas été suffisantes pour autoriser le fidéjusseur à exercer un recours anticipé. 393. — Effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs. 418. — Le créancier ne contractait pas avec le fidéjusseur l'obligation de lui conserver ses actions. 527 et suiv. — Des cautions légales en droit romain. 585. — De la transaction. (T.) 3, 4, 57. 65.

E

Emphytéose. De la transaction sur choses soumises à l'emphytéose. (T.) 102.

Enregistrement. La caution d'une obligation contractuelle ne répond pas des frais d'enregistrement. 149, 166. — A moins d'une clause spéciale. 167. — La transaction sert souvent à simuler des conventions pour frauder les droits d'enregistrement. (T.) 22. — *Criterium* pour découvrir le véritable caractère du contrat. (T.) 22.

Erreur. La transaction ne peut être attaquée pour une erreur de droit. (T.) 135, 146 et suiv. — Exception. (T.) 136. — *Quid* de l'erreur de fait? (T.) 137 et suiv. — De l'erreur sur la personne? (T.) 143. — De l'erreur sur l'objet de la contestation? (T.) 144. — De l'erreur sur la nullité du titre en vertu duquel la transaction a été faite? (T.) 145 et suiv. — De l'erreur sur l'issue du procès qui a donné lieu à la transaction. (T.) 153 et suiv. — De l'erreur de calcul. (T.) 166 et suiv.

Établissement public. Peut-il transiger? (T.) 54, 55.

État. La transaction favorable à l'état de la personne est valable. (T.) 63, 75, 76. — Elle peut toujours être opposée à ceux qui ont reconnu cet état. 69. — Peut-on transiger sur les intérêts civils attachés à un état? (T.) 64, 68.

Exception. La caution a les mêmes exceptions que le débiteur. 47, 494. — Pourvu que l'exception soit inhérente à l'obligation même. 48, 83, 495. — Ou que ce soit un des pri-

viléges appelés par les docteurs *separabiles à personâ rei.* 48, 495. — De l'exception de dol, de violence. 84, 496. — De l'exception prise du paiement. 498 et suiv. — De la consignation. 502.— De la remise faite au débiteur. 503, 505.— De la remise faite au débiteur à la suite d'un concordat. 504. — D'une transaction. 506. — De la chose jugée. 510, 514 et suiv. — Du serment. 513. — De la compensation. 517. — De la confusion. 518. — De la prescription. 519. — De la résolution du contrat pour inexécution. 521. — Le fidéjusseur solidaire, comme le fidéjusseur simple, a-t-il les mêmes exceptions que le débiteur? 522. — *Quid* du fidéjusseur qui s'est obligé comme débiteur principal? 523. — Du donneur d'aval? 524. — La ratification d'une obligation nulle faite par le débiteur n'empêche pas la caution d'exercer les exceptions acquises. 90 et suiv., 515, 519. —Elle peut exercer ces exceptions malgré la volonté du débiteur. 89, 494.— De la clause par laquelle le fidéjusseur s'engage à payer sans opposer d'exception. 93 et suiv., 107. — Le fidéjusseur n'est pas censé *in duriorem causam* parce qu'il ne peut opposer des exceptions personnelles qui compètent au débiteur principal. 116. —Le fidéjusseur ne peut renoncer aux exceptions qui sont communes au débiteur et à lui. 339. — Peut-il renoncer aux exceptions qui lui sont personnelles? 340, 473. Le fidéjusseur n'est pas toujours reprochable de ne pas avoir proposé les exceptions que le débiteur principal aurait pu opposer. 383 et suiv.

Extinction du cautionnement. Le cautionnement s'éteint, en général, par les mêmes causes que les autres obligations. 443 et suiv. — Le fidéjusseur jouit des mêmes exceptions que le débiteur. 47, 494. (Voy. *Exception.*) — Extinction du cautionnement par la faute du créancier. 245, 276 et suiv., 526. (Voy. *Faute.*) — La prorogation du terme accordée par le créancier au débiteur libère-t-elle le fidéjusseur? 575. — La mort du débiteur cautionné ne décharge pas la caution, tant que la dette existe. 151, 152. — La caution de l'usufruitier est déchargée si celui-ci vend son droit. 153. — *Quid* dans le cas où la femme usufruitière se marie? 154. —

Effet de la novation sur l'extinction du cautionnement. 573. (Voy. *Novation.*) — Effet de la confusion sur l'extinction, soit du cautionnement, soit de la dette principale. 220, 221, 476 et suiv. (Voy. *Confusion.*) — La remise gratuite que le créancier consent à faire au fidéjusseur de son cautionnement n'éteint pas la dette principale. 443, 462. — *Quid* de la remise de la dette? 461. — Mais le paiement effectif du fidéjusseur éteint la dette principale. 443. — *Quid* de son serment? 446 et suiv.—*Quid* de la chose jugée entre le créancier et le fidéjusseur? 449 et suiv., 454, 459. — La transaction faite par le fidéjusseur et qui porte sur la chose même profite-t-elle au débiteur principal? 460. — La compensation de ce que le fidéjusseur doit au créancier éteint-elle la dette principale? 470 — La consommation du cautionnement n'éteint pas la dette principale. 472.

F

Faillite. En cas de concordat à la suite de faillite, la caution est tenue pour la totalité de la dette. 504. — Tandis qu'elle ne peut exercer contre le failli son recours qu'en subissant la loi du concordat. 343, 504. — De la transaction après la faillite. (T.) 56.

Faute. Le fidéjusseur est déchargé toutes les fois que, par sa faute, le créancier s'est mis dans l'impossibilité de le subroger dans ses droits, hypothèques et priviléges. 245, 276 et suiv., 526. — Peu importe que le créancier ait acquis ses droits et actions postérieurement. 570, 571. — *Quid* dans le cas où le créancier a déchargé un des cofidéjusseurs? 553 et suiv. — *Quid* dans le cas où le fidéjusseur est solidaire? 557 et suiv. — Cette règle s'applique-t-elle à celui qui, sans être proprement caution, a hypothéqué son bien à la sûreté de l'engagement? 561. — S'applique-t-elle au tiers-détenteur? 562.—Et aux débiteurs principaux qui ont contracté solidairement? 563. — Des faits qui constituent la faute du créancier. 564 et suiv. — De la faute *in committendo*, de la faute *in omittendo*. 565 et suiv. — Quant la subrogation

n'est impossible que pour partie, la caution n'est libérée que dans la même proportion. 572. — Le fidéjusseur en faute n'a pas, en certains cas, de recours contre le débiteur. 338, 347, 380, 384. — Le débiteur qui paie sans informer le fidéjusseur est en faute, et il devient responsable envers ce dernier de ce qu'il a pu payer par ignorance. 382. — Le créancier qui a reçu d'un tiers la promesse de cautionner ne peut forcer ce tiers à réaliser la promesse lorsque, par sa faute, il a laissé le débiteur devenir insolvable. 42.

Femme. L'obligation de la femme non autorisée peut être cautionnée. 82. — La vente du fonds dotal par elle consentie constatant le mariage peut-elle être cautionnée? 31, 87.— Peut-elle être garantie par l'obligation du porte-fort? 31, 88. — Si la femme usufruitière se marie, la caution qui avait garanti l'usufruit est-elle déchargée? 154. — La femme peut cautionner. Véritables motifs du Velléien. 176.—La femme française, même née ou mariée sous l'empire du Velléien, peut aujourd'hui cautionner. 185. — Aussi la femme qui s'est réservé d'aliéner le fonds dotal peut l'hypothéquer. 187. — La femme mariée peut-elle transiger? (T.) 51 et suiv.

Fidéjusseur. Qui peut contracter est capable d'être caution. 188.— Capacité de la femme, véritables motifs du Velléien. 176 et suiv. — La femme française, même née ou mariée sous l'empire du Velléien, peut cautionner. 185.— Le débiteur qui a promis caution doit fournir une caution capable. 175. — Qui ne soit pas notoirement processive. 188. — Solvable. 189. (Voyez *Solvabilité.*) — Du domicile de la caution. 190, 191. (Voyez *Domicile.*) = Du fidéjusseur dans ses relations avec le créancier. Le créancier est obligé de céder à la caution ses actions. 19. — Et de les lui conserver. 19, 245, 276, 526. — Le créancier est obligé de faire connaître à la caution les poursuites qu'il dirige contre le débiteur, s'il veut la rendre responsable des frais. 163. — Encore faut-il que le cautionnement soit indéfini. 149, 158. — Le créancier peut, dans le silence du contrat, poursuivre la caution avant de mettre le débiteur en demeure. 232. — Le créancier qui a reçu la

caution, sans discuter ses qualités, ne peut revenir sur sa réception. 201. — Du bénéfice de discussion. 23, 230 (voyez ce mot). — Du bénéfice de division. 281 et suiv. (voyez ce mot). — Lorsque la dette n'est pas liquide et que la caution s'oblige à payer une somme liquide, cette somme est réduite si, après liquidation, elle est reconnue supérieure. 100. —Si elle est inférieure, la caution ne sera pas obligée pour le surplus. 100. = Du fidéjusseur dans ses relations avec le débiteur. Le fidéjusseur a contre le débiteur, tantôt l'action *mandati*, tantôt l'action *negotiorum gestorum*. 17, 18 *in fine*, 28, 130, 131, 327, 328. — Tantôt une subrogation légale. 129, 355 et suiv. (Voyez *Subrogation*.) — Y a-t-il donation de la part du fidéjusseur qui a cautionné malgré le débiteur? 329. — Le fidéjusseur doit être indemnisé de ce qu'il a payé, pourvu que le paiement soit prouvé et qu'il ait été bien fait. 325, 332 et suiv., 337, 338, 380 et suiv., 457. — La caution qui a payé a-t-elle son recours contre le débiteur qui s'est engagé en minorité? 75. — Y a-t-il paiement si le créancier a fait remise de la dette au fidéjusseur? 334. — *Quid* si le fidéjusseur paie ce qui avait déjà été payé? 341, 382. — Ou si, au contraire, c'est le débiteur qui, n'ayant pas été prévenu, paie ce que la caution a déjà payé? 381. — Le fidéjusseur est en faute s'il paie *spontanément* le créancier sans avoir averti le débiteur. 384 et suiv., 383. — Quels sont les droits du fidéjusseur qui paie le total du principal malgré un concordat qui a fait remise partielle au failli. 343, 504. — Le fidéjusseur ne peut renoncer à l'exception de prescription acquise au débiteur. 339. — Peut-il renoncer aux exceptions qui lui sont personnelles? 340, 473.—Le fidéjusseur ne doit rien perdre ni gagner. 342. — Il doit être remboursé des intérêts. 344. — *Quid* des frais? Distinction, 347 et suiv. — *Quid* des dommages? 351. — Les déboursés du fidéjusseur produisent intérêt de plein droit. 345. — Son action dure trente ans. 353. — Dans quel cas le fidéjusseur a-t-il une action pour le total contre les débiteurs principaux d'une même dette? 377 et suiv. — Le fidéjusseur peut agir contre

le débiteur *avant d'avoir payé*, mais dans cinq cas seulement. 387, 410. — 1° S'il est poursuivi. 393, 394. — 2° Si le débiteur commence à dissiper ses biens ou se trouve en état de faillite ou de déconfiture. 395. — 3° Si, dans le délai fixé, il ne rapporte pas la décharge promise. 397. — 4° Si le terme est échu. 398. — 5° Quand le terme est indéterminé et que dix années se sont écoulées. 399. — Pourvu que la dette ne soit pas de nature à être éteinte avant un temps déterminé. 402. — *Quid* de la tutelle? 403. — *Quid* du fidéjusseur qui a garanti la restitution de la dot? 403. — Du fidéjusseur d'une rente viagère? 403. — Du fidéjusseur d'un receveur des finances, etc.? 404. — Du fidéjusseur d'une rente constituée? 405. — Le fidéjusseur qui, à l'expiration des dix années, rembourse le capital d'une rente constituée peut-il répéter contre le débiteur la somme déboursée? 406. 407. — Le peut-il s'il rembourse le capital de la rente avant l'expiration des dix années? 408, 409. — Dans tous les cas où le fidéjusseur a le droit d'agir contre le débiteur avant d'avoir payé, il ne peut pas, *de plano*, saisir les biens meubles ou immeubles du débiteur. 392. — Quels sont les fidéjusseurs qui peuvent profiter du droit d'agir contre le débiteur avant d'avoir payé? 411 et suiv. — Ce droit appartient-il, notamment, à celui qui a hypothéqué son fonds pour la dette d'autrui? 416. — Le débiteur a qualité pour améliorer la situation du fidéjusseur, il est sans droit pour la rendre plus mauvaise. 573. — DU FIDÉJUSSEUR DANS SES RELATIONS AVEC SES COFIDÉJUSSEURS. Droit romain. 418. — Ancien droit français. 420. — Le fidéjusseur qui a payé a un recours contre ses cofidéjusseurs. 421. — Alors même que les cautionnements ont été donnés par actes successifs. 426. — Sur quoi est fondé ce recours? 421, 423. — Pour que le fidéjusseur puisse l'exercer, il faut qu'il ait payé. 422. — Et payé ayant juste sujet de le faire. 425. — *Quid* s'il est seulement poursuivi? 424. — Le fidéjusseur n'a pas recours contre celui qui a donné, non un cautionnement, mais une hypothèque. 427. — Chaque cofidéjusseur contribue pour sa part et portion seulement. 432. — Même dans le cas d'une subrogation expresse. 433 et

suiv. — En cas d'insolvabilité d'un des cofidéjusseurs la perte se répartit sur les autres. 440. — Le recours a-t-il lieu lorsqu'il y a plusieurs débiteurs solidaires et des fidéjusseurs séparés ? 441.

Fidéicommis. Des transactions sur choses grevées de fidéicommis. (T.) 101.

Filiation. La transaction sur la filiation n'est valable qu'autant qu'elle est favorable. (T.) 67. — Et la filiation peut alors toujours être opposée à ceux qui l'ont reconnue. (T.) 69, 75. — *Quid* des intérêts civils ? (T.) 68.

Frais. La caution d'une obligation contractuelle ne répond pas des frais d'enregistrement. 149, 166. — A moins d'une clause spéciale. 167. — La caution donnée pour le principal ne s'étend pas aux frais. 149. — Mais la caution indéfinie est tenue de tous les frais, pourvu qu'elle soit prévenue par le créancier. 158, 163. — Le fidéjusseur doit-il être remboursé par le débiteur des frais ? Distinction. 347 et suiv. — La partie civile qui transige n'en est pas moins tenue des frais. (T.) 59.

G

Gage. Le gage va chercher dans la chose des sûretés tandis que le cautionnement place ses garanties dans la bonne foi personnelle. 1, 27, 38. — Celui qui a stipulé une caution ne peut être forcé à recevoir un gage et réciproquement. 40, 202. — Il en est autrement quand la caution a été ordonnée par la loi ou la justice. 202, 591.

Garantie. Ne doit pas être confondue avec le cautionnement. 43. — De la garantie en matière de transaction. (T.) 11.

Gestion d'affaires. Lorsque le cautionnement a lieu à l'insu du débiteur, il peut donner naissance à une gestion d'affaires. 17, 130. — *Quid* s'il a lieu contre la volonté du débiteur ? 130, 329.

H

Héritiers. L'obligation du *sponsor* ne passait pas à ses héritiers. 3, 170. — Ni celle du fidepromissor. 170. — Il en était autrement de celle du *fidejussor*. 7, 170. — Il en est autrement dans notre droit. 170. — Mais ils n'en sont tenus que pour leur part et portion. 173. — Et ne succèdent pas à la contrainte par corps. 174. — Quoique le cautionnement soit personnel, il ne s'éteint pas par la mort du débiteur ; mais il profite à ses héritiers tant qu'existe la créance. 151, 152. — Du domicile de la caution que l'héritier sous bénéfice d'inventaire est obligé de donner. 197. — La transaction lie les héritiers des contractants. (T.) 122.

Hypothèque. A la différence du cautionnement qui place ses garanties dans la bonne foi personnelle, l'hypothèque cherche ses sûretés dans la chose. 1, 27, 38. — Autres différences qui séparent ces deux contrats. 38, 39. — Celui qui a stipulé une caution ne peut être forcé à recevoir une hypothèque, et réciproquement. 40, 202. — Exception pour le cas où la caution est ordonnée par la loi ou la justice. 202, 591. — La femme qui s'est réservé la faculté d'aliéner son fonds dotal peut l'hypothéquer. 187. — La solvabilité de la caution ne peut s'établir que sur des biens libres et non hypothéqués. 209. — Le fidéjusseur subrogé jouit des hypothèques, même de celles attachées à la créance par un évènement postérieur à la fidéjussion, pourvu qu'il les exerce contre le débiteur. 363, 376, 431. — Il ne peut les exercer contre le tiers détenteur. 428. — Ni contre celui qui a donné, non un cautionnement proprement dit, mais une hypothèque. 427. — Celui qui a hypothéqué son fonds pour la dette d'autrui peut-il agir contre le débiteur avant d'avoir payé ? 416. — Malgré l'extinction du cautionnement par confusion, les hypothèques données par la caution ne sont pas toujours éteintes. 489. — L'article 2037 s'applique-t-il à celui qui, sans être proprement caution, a hypothéqué son bien à la sûreté de l'engagement ? 561. —

S'applique-t-il au tiers-détenteur ? 562. — La transaction faite au bureau de paix ne confère pas hypothèque. (T.) 36.

I

IMMMEUBLE. Le mineur commerçant ne peut faire une transaction qui tendrait à le dépouiller d'un immeuble. (T.) 48.

INDEMNITÉ. La caution donnée pour sûreté des fermages ne s'étend pas aux indemnités dont le fermier peut être tenu. 149.

INSOLVABILITÉ. (Voyez *Solvabilité.*)

INTERDIT. L'obligation contractée par un interdit dans un intervalle lucide peut être cautionnée. 80.—Il en est de même de l'obligation qui prend naissance dans un quasi-délit ou dans un quasi-contrat. 81.—L'interdit peut-il transiger ? (T.) 49.

INTÉRÊTS. Le cautionnement donné pour le principal ne s'étend pas aux intérêts. 149. — Il en est autrement d'un cautionnement indéfini. 158. — Lorsque la caution ne s'est engagée que pour le capital, peut-elle exiger que les fonds, provenant des biens du débiteur, soient appliqués au capital préférablement aux intérêts. 246. — Le fidéjusseur doit être remboursé des intérêts par lui payés. 344. — Et ses déboursés produisent intérêt de plein droit. 345. — *Quid* lorsqu'il y a confusion entre la qualité de créancier et celle de caution ? 492.

INTERROGATOIRE sur faits et articles. La transaction ne peut être prouvée par un interrogatoire sur faits et articles. (T.) 31.

J

JEU. Une dette de jeu ne peut être cautionnée. 85.

JUGEMENT D'EXPÉDIENT. Son caractère. (T.) 37.

L

LÉSION. Les obligations entachées de lésion ne peuvent être cautionnées. 86. — L'exception prise de la lésion profite au

fidéjusseur. 496.—La lésion vicie-t-elle la transaction? (T.) 139 et suiv.

Lettre de change. Le cautionnement sous forme d'aval se mêle à la lettre de change. 25, 50. — Le pacte *constitutæ pecuniæ* se retrouve dans l'acceptation d'une lettre de change. 34. — Le bénéfice de discussion ne peut être opposé par le donneur d'aval. 233. — Le donneur d'aval, comme le fidéjusseur ordinaire, peut-il se prévaloir des exceptions du débiteur? 524.

Liberté. On ne peut transiger sur la liberté qu'autant que la transaction a un résultat favorable. (T.) 65.

M

Mandat. Le cautionnement donne naissance à un mandat tacite entre le débiteur et la caution. 17, 28, 130, 327. — Mais jamais entre le créancier et la caution, malgré son analogie en certains cas. 28. — Différence entre a subrogation et l'action *mandati*. 363, 364, 370.

Mariage. De la transaction sur les causes matrimoniales. (T.) 70 et suiv. — Après la dissolution du mariage on peut transiger sur les intérêts matrimoniaux. (T.) 89, 90. — *Quid* pendant le mariage? 91.

Mineur. Les actes faits par le mineur, sans l'autorisation de son tuteur, sont-ils nuls de plein droit? 74. —On peut cautionner un mineur. 73. — La caution qui a payé n'a un recours contre le mineur que si le mineur a profité du contrat principal. 75. — *Quid* si la restitution du mineur a pour effet de faire disparaître une qualité qu'il avait prise? 76.— On peut, à plus forte raison, cautionner un mineur émancipé. 77, 78. — Et le cautionnement serait valable alors même que l'engagement serait réduit à raison de la mauvaise foi dont parle l'art. 484. 79. — Le fidéjusseur ne peut profiter de l'exception de minorité qu'invoque le débiteur. 496. — Le mineur peut-il transiger? (T.) 42 et suiv. — *Quid* du mineur commerçant? (T.) 48.

MISE EN DEMEURE. Le créancier peut, dans le silence du contrat, poursuivre la caution avant d'avoir mis en demeure le débiteur principal. 232.

N

NOVATION. Le cautionnement n'opère pas novation. 34.—La novation de l'obligation entre le créancier et le débiteur principal libère la caution. 573. — Exemples, 577 et suiv. — La prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur produit-elle novation et libère-t-elle le fidéjusseur ? 575. — *Quid* du cas où le débiteur est convenu de payer autre chose que ce qui avait été convenu ? 577. — Lorsque le créancier a consenti à recevoir du débiteur une chose pour une autre et qu'il est évincé, la caution revivra-t-elle ? 580 et suiv. — Dans ce cas la réserve faite par le créancier de conserver ses droits contre le fidéjusseur ne saurait être d'aucune utilité. 583.

O

OFFICIER MINISTÉRIEL. Son cautionnement n'est pas passible des amendes auxquelles il a été condamné envers le fisc. 149, 165.

OTAGE. Différence entre la caution et l'otage. 45.

P

PACTE *constitutæ pecuniæ*. Est celui par lequel on promet à un créancier de le payer. 34. — Son analogie et ses différences avec le cautionnement. 34. — Notamment le tiers peut s'engager à payer une chose autre que celle due par le débiteur. 34, 122. — A la payer à des conditions autres, même plus dures. 34, 102, 103, 105. — A la payer après l'extinction de l'obligation principale. 34, 126.

PAIEMENT. Comment s'imputent les paiements partiels du débiteur, lorsque le fidéjusseur n'a prêté qu'un cautionnement

partiel ? 246, 247. — Quels doivent être les caractères du paiement fait par la caution pour qu'elle ait action contre le débiteur ? 333 et suiv. — Le paiement effectif du fidéjusseur éteint la dette principale. 443. — Les différentes espèces de confusion n'éteignent pas toujours les obligations aussi complètement que le paiement. 478. — Le paiement du débiteur éteint la caution lorsqu'il n'a pas été fait avec subrogation. 498. — La dation en paiement n'est, en principe, réellement extinctive qu'autant qu'elle transfère au créancier la propriété de la chose payée. 581.

Pari. La dette résultant d'un pari ne peut être cautionnée. 85.

Pleige. Est le nom du cautionnement au moyen âge. 11.

Porte-fort. Différence entre la caution et le porte-fort. 29, 33. — L'on peut se porter fort pour des faits non susceptibles d'être cautionnés. 30. — Exemple d'une dette contractée par violence. 30, 88, 95. — Exemple de l'aliénation de la dot. 31, 88. — De la vente d'un immeuble faite par un incapable. 32.

Prescription. L'action du fidéjusseur contre le débiteur principal ne se prescrit que par trente ans. 353. — Le fidéjusseur ne peut renoncer à l'exception de prescription acquise au débiteur. 339. — Les actes conservatoires faits à l'égard du débiteur principal empêchent la prescription à l'égard de sa caution. 463. — Et réciproquement. 464 et suiv. — La reconnaissance du fidéjusseur empêche également la prescription à l'égard du débiteur principal, pourvu que la prescription ne soit pas encore acquise. 465. — Le débiteur ne peut renoncer à la prescription acquise malgré la caution. 519.

Prêt. Différence avec le cautionnement. 27. — Le fidéjusseur d'un prêt à intérêt qui reçoit du débiteur l'ordre de ne pas payer les intérêts et de soutenir que le prêt avait été gratuit est-il obligé d'obéir à cette injonction ? 466.

Preuve. Le cautionnement est placé, quant à la preuve de son existence, sous l'empire du droit commun. 135. — Le bénéfice de division n'a lieu qu'entre les cautions solvables, mais la preuve de l'insolvabilité est à la charge du créancier. 311. — Le créancier qui prétend que la discussion a été insuffi-

sante doit le prouver. 245. — De la preuve en matière de transaction. (T.) 27 et suiv.

PRINCIPAL. La caution donnée pour le principal seulement ne s'étend pas aux accessoires. 149. — Il en serait autrement si le cautionnement était indéfini. 149.

PRODIGUE. Peut-il transiger ? (T.) 50.

PROMESSE DE CAUTIONNER. Ne peut être confondue avec le cautionnement lui-même. 42. — Le créancier qui a reçu d'un tiers la promesse de cautionner ne peut forcer ce tiers à réaliser la promesse lorsque, par sa faute, il a laissé le débiteur devenir insolvable. 42.

Q

QUASI-CONTRAT. L'obligation d'un interdit qui prend naissance dans un quasi-contrat peut être cautionnée. 81.

QUASI-DÉLIT. L'obligation née d'un quasi-délit peut être cautionnée. 50. Alors même que l'obligation se rapporte à un interdit. 81.

R

RATIFICATION. La ratification d'une obligation nulle faite par le débiteur n'empêche pas la caution d'exercer les exceptions acquises. 90 et suiv. — Le créancier qui a reçu la caution sans discuter ses qualités ne peut revenir sur sa réception. 201. — A moins qu'il n'y ait fraude. 201. — Différence de la ratification et de la transaction. (T.) 23.

RECOMMANDATION. Comment le cautionnement se distingue de la simple recommandation. 138 et suiv.

RECONDUCTION. Le cautionnement donné pour un bail ne s'étend pas à la tacite reconduction. 149, 472.

RECONNAISSANCE. La reconnaissance du fidéjusseur empêche la prescription à l'égard du débiteur principal. 465. — Pourvu que cette reconnaissance soit faite avant l'obtention de la prescription et non après. 465.

REMISE DE LA DETTE. La remise que le créancier consent à faire

au fidéjusseur de son cautionnement n'éteint pas la dette principale. 443. — *Quid* de la remise de la dette elle-même? 334, 461. — *Quid* de la remise faite au fidéjusseur de son cautionnement lorsqu'elle n'a pas été gratuite? 462.— Effet, à l'égard du fidéjusseur, de la remise de la dette faite au débiteur. 503 et suiv.

Rente. Le fidéjusseur, auquel le créancier d'une rente non encore remboursable permet d'opérer le remboursement anticipé, pourra-t-il refuser au débiteur principal la même faveur? 375. — Le fidéjusseur d'une rente viagère ne peut obtenir sa décharge avant le décès du crédi-rentier, bien que la rente dure plus de dix ans. 403. — Mais il peut, au bout de ce temps, demander sa décharge s'il s'agit d'une rente constituée. 405. — Si, à l'expiration des dix années, il rembourse lui-même le capital de la rente, aura-t-il l'action mandati? 406. — *Quid* s'il rembourse avant l'expiration des dix années? 407.

Rescision. La renonciation à exercer une action en rescision ne peut être cautionnée. 86. — Le dol et la violence sont une cause de rescision en matière de transaction. (T.) 142.

S

Serment. Le serment prêté par le fidéjusseur profite au débiteur principal. 446. — Pourvu que ce serment porte sur l'existence de la dette principale. 447. — Le refus de prêter serment fait par le fidéjusseur ne peut être opposé au débiteur. 448. — Du serment prêté par le débiteur. 513. — La transaction ne peut être établie par serment décisoire. (T.) 29.

Société. Le cautionnement donné à une société de commerce ne s'étend pas à la société nouvelle qui lui succède. 150. — La transaction faite par un associé ne nuit pas aux autres. (T.) 124.

Solidarité. Le fidéjusseur qui s'oblige solidairement renonce au bénéfice de discussion. 239, 241. — Et il ne se trouve pas déchargé lorsque la subrogation aux droits et actions du

créancier est devenue impossible par la faute de ce créancier. 557 et suiv. — A moins que le créancier n'ait agi par esprit de fraude. 560. — Le fidéjusseur solidaire ne perd pas néanmoins le caractère de caution vis-à-vis le créancier, en ce sens qu'il peut lui opposer les exceptions qui appartiennent au débiteur. 241, 522. — En principe, tous les cofidéjusseurs d'une même obligation sont solidaires. 286 et suiv., 290. — Les cofidéjusseurs qui se sont obligés solidairement jouissent-ils du bénéfice de division? 301. — Le fidéjusseur solidaire peut-il se prévaloir de l'article 2032? 413. — La chose jugée contre le fidéjusseur ne peut être opposée au débiteur principal que lorsque le cautionnement a été fait solidairement. 459. — Le créancier peut renoncer à la solidarité contre les cofidéjusseurs d'une même obligation. 318. — Quand est-il censé l'avoir fait? 319 et suiv. 323. — La caution de plusieurs débiteurs solidaires a contre chacun d'eux une action pour le total. 377. — *Quid* lorsque le fidéjusseur n'a cautionné qu'un seul des débiteurs solidaires? 379. — *Quid* lorsque les débiteurs ne sont pas solidaires? 378. — Les débiteurs solidaires d'une dette qui ne concerne que l'un des obligés peuvent se prévaloir de l'art. 2032. 414. — Le recours donné au fidéjusseur qui a payé contre ses cofidéjusseurs existe dans le cas où il y a plusieurs débiteurs *solidaires* et des fidéjusseurs séparés. 441. — Les débiteurs qui se sont engagés solidairement sont-ils déchargés parce que le créancier ne peut les subroger dans ses droits et actions? 563. — Le fidéjusseur qui n'a cautionné qu'un seul des débiteurs d'une dette solidaire peut demander que tous les débiteurs soient préalablement discutés. 270. — La transaction d'un codébiteur solidaire ne nuit pas aux autres. (T.) 125. — Mais elle profite à ceux qui ont un intérêt solidaire. (T.) 126.

SOLVABILITÉ. La caution promise par le débiteur doit être solvable. 189. — La solvabilité s'estime eu égard aux propriétés foncières. 204. — Excepté lorsque la dette est modique. 207, 208. — Ou lorsqu'il s'agit de matière commerciale. 205. — Sens large qui doit être attaché à ces mots : en ma-

tière de commerce. 206. — Dans quels cas les immeubles offrent-ils des sûretés suffisantes? 209, 210, 211. — Le créancier qui a reçu d'un tiers la promesse de cautionner son débiteur ne peut forcer ce tiers à réaliser la promesse, lorsque, par sa faute, il a laissé le débiteur devenir insolvable. 42. — Le créancier qui a reçu la caution sans discuter ses qualités ne peut revenir sur sa réception. 201. — A moins qu'il n'y ait eu fraude. 201. — Mais l'insolvabilité *ex post facto* de la caution oblige le débiteur à en fournir une seconde. 212. — Exception à cette règle. 215, 216. — Que doit-on entendre par insolvabilité? 209 et suiv., 217, 219. — De l'insolvabilité partielle. 218. — Du cas où le cautionnement s'éteint par confusion. 220, 221. — Le domicile de la caution fait partie de sa solvabilité. 190. — Mais le créancier ne pourrait exiger une autre caution de son débiteur si elle venait à changer de domicile. 200. — A moins de fuite, exil, émigration. 200. — La mort de la caution, comme son insolvabilité, n'oblige pas le débiteur à fournir une nouvelle caution. 223. — Le bénéfice de discussion n'est pas admis dans le cas d'insolvabilité du débiteur. 234. — Le bénéfice de division n'a lieu qu'entre les cautions solvables. 304, 308 et suiv. — Dans ce cas la preuve de l'insolvabilité est à la charge du créancier. 311. — En cas d'insolvabilité d'un des cofidéjusseurs, la perte se répartit sur les autres. 440. — Le créancier est-il, à l'égard du fidéjusseur, responsable de l'insolvabilité du débiteur, sous prétexte qu'il aurait pu le poursuivre plus tôt? 568, 569.

Subrogation. Il n'y a pas de différence entre la subrogation légale et la subrogation expresse. 437. — Subrogation de la caution dans les droits du créancier. 129, 355, 362, 366. Responsabilité du créancier qui par sa faute s'est mis dans l'impossibilité de subroger. 526. (V. *Faute.*) — Droit romain. 356. — Ancienne jurisprudence. 359. — Différence entre la subrogation et l'action *mandati*. 363, 364, 370. — Règle : *creditor non videtur cessisse contra se*. 367. — Le fidéjusseur subrogé a-t-il le droit de demander la résolution du contrat? 373. — Droit du fidéjusseur lorsque la quittance

lui a été donnée par pur esprit de libéralité ? 374, 334 et suiv. *Quid* si le créancier d'une rente non encore remboursable, par faveur spéciale, permet au fidéjusseur d'en opérer le remboursement anticipé ? 375. — Le fidéjusseur subrogé jouit des hypothèques attachées à la créance, pourvu qu'il les exerce contre le débiteur. 363.— Même des hypothèques attachées à la créance par un évènement postérieur à la fidéjussion. 376. — Mais il ne peut les exercer contre le tiers détenteur. 428. — Ni contre celui qui a donné, non un cautionnement proprement dit, mais une hypothèque. 427. — Le recours que la loi donne au fidéjusseur contre ses cofidéjusseurs est fondé autant sur une subrogation légale que sur une gestion d'affaires. 421. — Et ce recours est toujours pour la part et portion de chaque cofidéjusseur, même lorsque le fidéjusseur qui a payé s'est fait subroger expressément. 433.

T

Témoin. L'existence du cautionnement peut être prouvée par témoins, lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. 135. — Mais non pas l'existence d'une transaction. (T.). 30.

Terme. La prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur produit-elle novation et libère-t-elle le fidéjusseur ? 575.

Testament. Les transactions sur les choses laissées par testament ne sont-elles valables qu'autant que le testament a été vu et lu ? (T.). 99.

Tiers. La transaction ne peut être opposée aux tiers (T.) 120 et suiv. — Peut-elle leur profiter ? (T.) 120 et suiv.—C'est surtout à l'égard des tiers que la transaction se distingue de la chose jugée. (T.) 134.

Transaction. Effet, à l'égard du fidéjusseur, de la transaction faite entre le débiteur et le créancier. 506 et suiv. (T.) 128.—Effet, à l'égard du débiteur, de la transaction faite entre le créancier et le fidéjusseur. 460.—Utilité de la trans-

action. (T.) 1.—Faveur que mérite ce contrat. (T.) 2. — Signification du mot. (T.) 3. — Définition du contrat. (T.) 4. — Il est consensuel, bilatéral, commutatif. (T.) 15 et suiv. —Doit être fait en double. (T.) 33 et suiv.—La transaction est-elle un contrat translatif ou déclaratif? (T.) 7, 8, 9, 40. — De la garantie en matière de transaction. (T.) 11 et suiv. Différence de la transaction avec la vente. (T.) 5, 22. — Avec la donation. (T.) 5, 18. — Avec la cession. (T.) 22.— Avec la ratification. (T.) 23. — Avec le supplément de prix. (T.) 24. — Avec le compromis. (T.) 25. — Avec la chose jugée. (T.) 26, 116. — Toute transaction doit être avouée ou écrite. (T.) 27. — Par acte authentique ou sous signature privée. (T.) 32. — Elle ne peut être établie par témoins. (T.) 30. — Ni par serment décisoire. (T.) 29. — Ni par interrogatoire sur faits et articles. (T.) 31. — La transaction peut se faire en bureau de paix. (T.) 36. — Mais elle ne confère pas hypothèque. (T.) 36. — *Quid* de la transaction par forme de jugement d'expédient? (T.) 37.—Par forme de blanc-seing, remis à un tiers avec pouvoir de concilier les parties. (T.) 38.— Des personnes capables de transiger. (T.) 42 et suiv.— Des affaires sur lesquelles on peut transiger. (T.) 5.—Des choses sur lesquelles on peut transiger. (T.) 57 et suiv.— Clause pénale ajoutée à une transaction. (T.) 103. (Voy. ce mot.) — La transaction doit s'interpréter d'une manière étroite. (T.) 110 et suiv. 117. — Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour rechercher l'intention des parties. (T.) 114, 116. — Effet de la transaction à l'égard des tiers. (T.) 120 et suiv. — De l'erreur. (Voyez *Erreur*.) — De la lésion. (T.) 139. — Du dol et de la violence. (T.) 142. — *Quid* de la transaction faite en vertu d'un titre nul? (T.) 145 et suiv. — *Quid* du cas où des titres ont été postérieurement découverts? Distinction. 158 et suiv.

Tutelle. La caution qui a garanti la gestion d'un tuteur n'est pas responsable de la gestion qui se prolonge après l'expiration de la tutelle. 155, 168.—Le tuteur peut-il transiger? (T.) 42 et suiv.

U

Usufruit. La caution de l'usufruitier est déchargée si celui-ci vend son droit. 153.—*Quid* dans le cas où la femme usufruitière se marie? 154. — Où doit être domiciliée la caution due par l'usufruitier? 196.

V

Vente. Différence de la vente et de la transaction. (T.) 5, 22.
Violence. L'exception de violence tombe sur la chose même et peut être opposée par la caution. 84. — La violence est une cause de rescision dans la transaction (T.) 142.

FIN DE LA TABLE DU CAUTIONNEMENT ET DES TRANSACTIONS.

ERRATA DU 17e VOLUME.

Page 21, note 3, renvoie au n° 45, lisez : 46.
— 53, ligne 34, entachés, — entachées.
— 55, note 4, renvoie au n° 21, — 22.
— 56, note 1, — 484, — 494.
— 57, note 2, — 486, — 495.
— 94, note 3, — 45, — 46.
— 98, note 2, — 46, — 47.
— 117, note 4, — 21, 45, — 22, 46.
— 136, ligne 21, nos 163 et 164, — 164 et 165.
— 157, ligne 8, somme, — personne.
— 181, note 3, renvoie au n° 42, — 40.
— 228, note 1, — 261, — 262.
— 229, note 1, — 523, 495, — 526, 505.
— 232, note 1, — 490, — 500.
— 262, note 3, — 100, — 119.
— 302, note 5, — 503, — 504.
— 304, note 6, — 378, — 393.
— 312, note 2, — 426, — 436.
— 314, note 2, — 401, — 421.
— 315, note 2, — 411, — 421.
— 328, note 1, — 422, — 432.
— 329, note 2, — 424, — 434.
— 367, ligne 22, n° 353, — 363.
— 373, note 1, renvoie aux nos 353, 354, lisez : 363, 364.
— 381, note 5, renvoie au n° 353, lisez : 363.
— 383, ligne 8, 369, — 379.
— 386, note 1, renvoie au n° 347, — 358.
— — note 2, — 348, — 358.
— — note 3, — 356, 368, — 366, 379.

Page 388, note 2,	renvoie au n°	348,	lisez :	358.
— 389, note 2,	—	369,	—	379.
— 394, note 1,	—	467,	—	477.
— 405, note 1,	—	376,	—	393.
— 410, note 1,	—	27, 45,	—	29, 46.
— 416, note 2,	—	372, 373,	—	382, 383.
— 416, note 3,	—	371, 374,	—	381, 384.
— 436, note 1,	—	21, 45,	—	22, 46.
— 436, note 3,	—	46,	—	47.
— 437, note 1,	—	47,	—	48.
— 462, note 3,	—	495,	—	505.
— 468, note 2,	—	543, 544, 545,	lisez:	553, 554, 555.
— 469, note 2,	—	557,	lisez :	555.
— 486, note 4,	—	569,	—	568.
— 488, note 2,	—	558, 559,	—	568.
— 498, note 1,	—	522,	—	532.
— 517, note 3,	—	536, 537,	—	546, 547.
— 518, note 1,	—	380,	—	376.
— 538, note 1,	—	195,	—	196.
— 553, note 2,	—	63,	—	62.

a39003 008600339b

DATE DUE

20 JAN. 1990			
17 JAN. 1990			
08 DEC. 1993			
APR 08 1994			
DEC 09 1994			
19 AVR. 1995			
08 DEC. 1995			
12 AVR. 1996			
13 DEC. 1996			
11 AVR. 1997			
05 DEC. 1997			
	201-6503		Printed in USA

FA